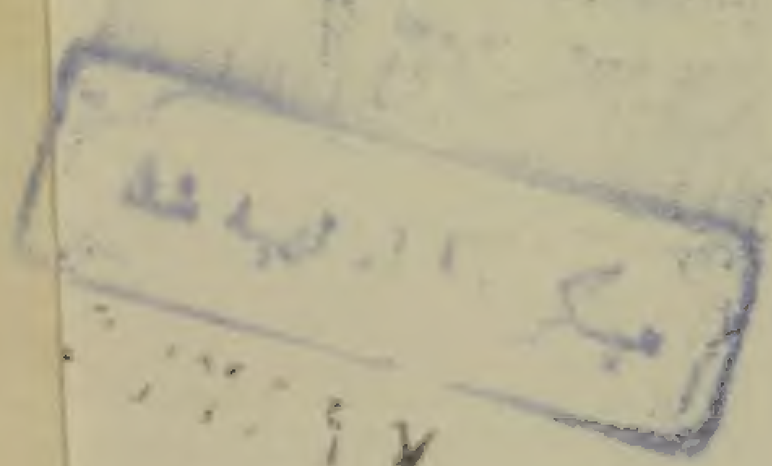
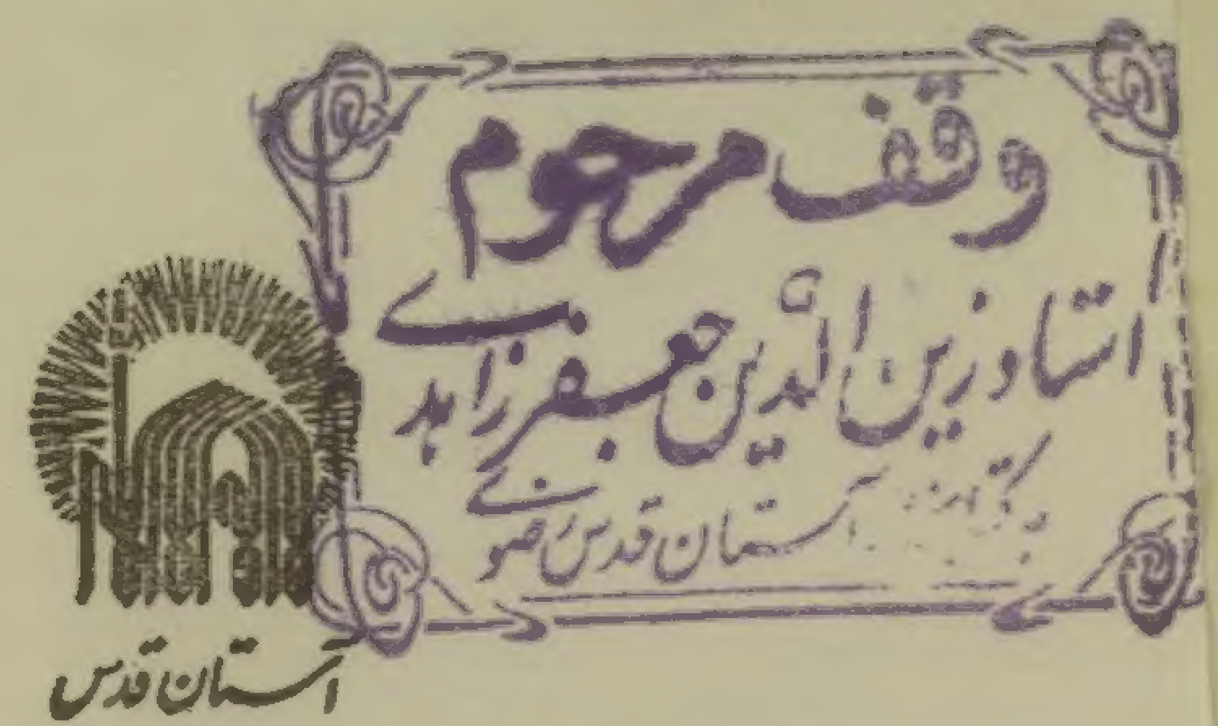



(ج ۲)
نام کتاب: جامع المقاصد، شرح قواعد الاحکام

مؤلف متن: علامه حلی — محشی:

شارح: محقق ثانی نورالدین علی بن حسین بن عبد العالی کرکی — مترجم:

تاریخ تحریر: — نوع خط: نسخ — تعداد سطر: ۲۵

جزء کتب: فقه — زبان: عربی — عدد اوراق: ۴۰۲

طول: ۲۷ — عرض: ۱۹/۵ — شماره عمومی: ۲۵۶۰۸

وقفی / خریداری — تاریخ — وقف / خریداری

ملاحظات: عناوین به شنگرف و سیاهی، کاغذ حنائی آهاری، کاتب غلامعلی الحافظ بن ملک چراغی، جلد مقوا با روی مشمع.

اندازهٔ نوشته‌ها: ۱۲X۱۸

جامع المقاصد ج ۲

موضوع: فقه استدلالی (شرح قواعد الاحکام)

مؤلف: محقق کرکی نور الدین علی بن عبد العالی ملقب به محقق ثانی

کاتب: مولی علاء علی بن ملک چراغی

تاریخ کتابت جمادی الاول ۹۳۵ / ۹۵۵

طول و عرض و سطر (۲۵) ۲۰×۲۶

عدد اوراق ۵۰۵ خط نسخ مصحح دارای تعلیقه و امضاء

از محمد باقر بن عبد القادر حسینی استرابادی بتاریخ (۹۸۵)

آغاز: کتاب الاجاره و توابعها، قوله و هی عقد ثمرته نقل المنافع

انجام: و لکن هذا آخر الجزء السابع من کتاب شرح القواعد و یتلوه فی الثامن الفصل الثالث فی التفویض

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين رب يسر وتمم

كتاب الإجارة وتوابعها هي عقد [illegible] على المنافع بعوض معلوم مع بقاء الملك على أصله هذا بيان ماهية الإجارة شرعاً لكن يشكل على تعريف
الإجارة بأن العقد أجرتك وهو الإيجاب فإنه لا يراد به العقد أيضاً ولا إخبار إلا أن القبول للسامع ولأنه لو كان تمليك المنافع تمليكاً للمنفعة
بكذا اللهم إلا أن يكون المراد من الإيجاب [illegible] على المعنى الشرعي وهو تمليك المنفعة بالعوض فتحصل الإجارة عبارة عن تمليك المنفعة مدة معينة بعوض معلوم
[illegible] إذا عرف هذا فالعقد بمنزلة الجنس والباقي كالفصل فيخرج البيع لأن ثمرته نقل الأعيان وبعوض معلوم يخرج الوصية بالمنفعة والسكنى والعمرى
مع بقاء الملك على أصله يخرج ما لا يصح الانتفاع به إلا بهلاك عينه [illegible] على العين وتبقى منفعته ولا يجوز [illegible] لأن [illegible]
العقد [illegible] المملوكة [illegible] وإن العقود ما يتلقى من الشرع [illegible] أو تعالى [illegible] لأنه [illegible]
لكن لا يبقى الملك على أصله وليس [illegible] لأن [illegible] المنافع [illegible] للملك لا بالعقد والعوض [illegible] على العين وأعلم أنه يرد على القول بالوصية
بالمنفعة [illegible] عوض [illegible] ولا [illegible] أن العوض وهو [illegible] بالصحيح عن معلوم [illegible] المنفعة معلوم
[illegible] ذلك بقوله [illegible] العقود المذكورة [illegible] وفيه نظر لأن ذلك [illegible] العقد الذي [illegible]
وهو عقد لا [illegible] وكذا [illegible] موضوع [illegible] المنافع [illegible] أن الاحتراز بقوله مع بقاء الملك على أصله عن [illegible]
[illegible] لأن ذلك العقد [illegible] المنافع في [illegible] الإذن [illegible] والإتلاف [illegible]
[illegible] قوله ولا بد من الإجارة القبول الصادر من الكامل [illegible] العقود اللازمة [illegible]
[illegible] القبول على الفور وتقدم الإيجاب على الأصح [illegible] عن [illegible] المحرزات
[illegible] والصبي [illegible] بالكامل قوله ولا [illegible] الولي على [illegible]
[illegible] الصبي [illegible] لم يعقد [illegible] على [illegible] الأحوال ولأن إذن الولي [illegible] الكامل [illegible]
[illegible] وهو [illegible] الأصح عدم الصحة قوله والإيجاب آجرتك أو أكريتك [illegible] مؤداه الإجارة [illegible] الدار شهراً
[illegible] إلا أن [illegible] على العين لأن الإجارة [illegible] المنفعة [illegible] على المنفعة [illegible]
[illegible] في الإجارة [illegible] المنفعة بالعوض [illegible] على العين [illegible] لأن [illegible] قوله والقبول [illegible] على الرضا
أي على الرضا [illegible] الإيجاب آجرتك ولا يصح [illegible] قوله ولا [illegible] الإيجاب [illegible] الدار شهراً
لأن التمليك إنما هو للمنفعة [illegible] على [illegible] آجرتك [illegible] قوله ولا تنعقد بلفظ العارية [illegible] المنفعة [illegible] ولأن العقود
[illegible] الشرع [illegible] بلفظ [illegible] قوله ولا [illegible] الإجارة [illegible] لأنه موضوع لتمليك
الأعيان [illegible] بلفظ البيع الإجارة [illegible] بلفظ البيع [illegible] السكنى [illegible] البيع إلا
[illegible] لا [illegible] الوصف [illegible] البيع [illegible] الأعيان [illegible] الملك [illegible] العقود [illegible] قوله وهو لازم من
الطرفين [illegible] قوله ولا يبطل بالبيع ولا [illegible] عدم البطلان بالبيع [illegible] المنفعة [illegible] بالإجارة [illegible] العقد اللازم

من الطرفين وحينئذ لا ينافي حكمها ولا اثر له في ملك المؤجر وابطال ملك المنفعة السابق واما العذر فانه اذا امكن الانتفاع مع تحرّر ابعض الملكين

قوله ولا يبطل احدهما عارا اي سواء كان بطل المؤجر او المستأجر وكذا لا يبطل بموتهما لعموم الامر بالوفاء بالعقود وللاستصحاب ولان

الملك للعين انما جاء له حق منفعتها مدة مخصوصة وطولها من غير تجدّد ولان له الانتفاع بالمنفعة مؤبدا او موقتا من غير عين فلا يكون له

ملكها بالاجارة مطلقا بطريق اولى وقال الشيخ تبطل بموت كل منهما وهو ضعيف وعليه الخلاف فقالا تبطل بموت المستأجر خاصة دون المؤجر

في الاقوال وكذا هو اضعف والاصح الاول قوله الا ان يكون المؤجر موقوفا عليه فيموت قبل انتهاء المدة فالاقرب البطلان في الباقي فله

لو سكت عن قوله فالاقرب البطلان في الباقي لامكن لان الاستثناء ايدل عليه فلما ذكره للتصريح بما دل عليه الاستثناء ولانه اراد الدلالة على قوة

ذلك على الاقوى فلولا التصريح لم يعلم ذلك ووجه القرب ان الموقوف عليه وان كان مالكا الا انه محجور عليه في الملك لانه محبوس عليه ممنوع من

التصرف فيه ولان الواقف قد جعل الوقف عليه وعلى من بعده بالاصالة وان تأخر ملك من بعده عن ملكه فلا يكون له التصرف في المنفعة الا زمان

استحقاقه لها ولهذا لا يملك ابلاؤها مطلقا بخلاف ملك الطلق ولان اهل البطن الثاني يتلقون عن الواقف كما سيأتي ان شاء الله تعالى ويحتمل

عدم البطلان لكونه مالكا حقيقة فلا تبطل اجارته المحكوم بصحتها وفيه نظر لان ملكه على وجه مخصوص فلا يتجاوز التصرف زمان استحقاقه وما قلناه

ان كان ناظرا في الوقف والا فوجه بطلانه لم يبطل والا بطلت وهو قول للمصنف واختاره شيخنا الشهيد في بعض حواشيه والمصنف في الاقرب البطلان

وان كان المؤجر ناظرا فليس بعيدا الحكم بعدم البطلان لان نظره للجميع فهو نائب عنهم ولهذا الوجه يبطل الثاني معه كان حق البطلان وهذا الاقوى وسيأتي تحقيقه

ان شاء الله قوله فسخ المستأجر تعين ورثة المؤجر في الاجرة لان البطلان يستدعي رجوعها الى المستأجر والمراد من نوعه على ورثة المستأجر حيث

يكون هناك تركة قوله ولا يعلق خيار المجلس من توابع البيع على المسوغ اشتراطه او اشتراطه في خيار حيث شيخنا الشهيد اذا ارادوا تعين المدة

ثم والاشكال ولكن ان يقول انه اذا ثبت جواز اشتراط خيار المجلس فلا وجه لاشتراط تعيين المدة لانه حينئذ لا يكون خيار المجلس بل خيار الشرط ثم

في جواز اشتراطه تردد من حيث انه خلاف الاصل لجهالة مدته فيقتصر فيه على مورد النص ولانه من توابع البيع فلا يكون بدونه موجها لجهالته في

شيء من العوض اذ مادام مثله لا يكاد اشتراطه فان اشتراط المجهول يجعل العوض اما خيار العيب والغبن والشرط والرؤية فثابت لانها من توابع للمعاوضة

ودين على خيار الشرط قوله ولو شرط خيار الها او لاحدهما او لاجنبي صح قوله اي كان فيه كان استأجر هذا العبد او هذه الدار كل شهر مطلقا

اي سواء كان الاجارة معينة في فعلها فيصح كل ان استأجر هذا العبد المعين ~~على الذمة كل شهر~~ مطلقا او كان موردها الذمة كان استأجر للخياطة

مطلقا اي غير مقيد بنفسه شخص مخصوص ووجه عموم المسلمين عند شروطهم قوله ومن ركنه المحل وهو المعنى الذي يتعلق الاجارة بها كالدار والدابة

والآدمي وغيرها والعوض والمنفعة المعروف ان الركن ما كان داخلا في الماهية ومعلوم ان الاجارة ليست ما فسرناه من كونها عقدا لا يكون

هذه الامور داخلة في مفهومها وان اراد بالركن هنا ما يتوقف الماهية عليه فحينئذ فالمتعاقدان ايضا كذلك وقد عدهما في البيع

من الاركان قوله كل عين يصح اعارتها يصح اجارتها هذا اكثري اذ الشاة يصح اعارتها للحلب ولا يصح اجارتها قوله واجارة المشاع

جائزة كالمقسوم اذ لا مانع باعتبار عدم القسمة قوله وكذا اجارة العين المستأجرة ان لم يشترط المالك التخصيص اي تجوز لان ذلك

نوع التصرف المملوكة ولا مانع منه وهذا اذا لم يشترط المالك على المؤجر التخصيص اي تخصيص المستوفي للمنفعة فاذا اشترط ذلك امتنعت الاجارة

اي حالة هو المؤجر ليس مالك العين ومالك المنفعة وهو المستأجر
اذا آجرها من غير ان شرط تخصيص المستوفي فانه
لا يجوز للمستأجر ان يسلمها المؤجر الا
باذن المالك
عند شروطهم سيّ

الفصل الثاني في اركانها وهي ثلاثة

المطلب الاول المحل وهو العين

لاستلزامها جهالة والوفاء بالشرط واحد فكيف يرد عليه اذا آجرها عالماً بسوء المعوّل للمستأجر الا ان لو كانت عليه فان اشتراط الفحص يحمل الى
لا بعينه قوله ولا بد من مشاهدتها او وصفها بما يرفع الجهالة الا يمكن فيها ذلك لا بدون المسموع لعلم بها لان الاجارة عقد معاوضة مبني على المغابنة والمكاثرة
فلا يصح مع الغرر فيجب مشاهدة العين المستأجرة التي هي متعلق المنفعة او وصفها بما يرفع الجهالة والمراد به وصفها بصفات السلم على القول بان ما يمكن فيه ذلك
لكن يشكل عليه قوله والا وجبت المشاهدة اي وان لم يمكن فيها ذلك اي وصفها بما يرفع الجهالة اي صفات السلم وراه وجبت المشاهدة واما قلنا
انه يشكل لانه يقتضي ان كل ما لا يجوز السلم فيه يتعين مشاهدته على خرب ان شاء الله قوله ويصح اجارة العقار مع الوصف والتعيين له في الذمة فان العقار لا يجرى
فيه السلم ومع ذلك فقد يوصف لوجود اذا كان الوصف اذا لصفات المشخصة ثم قال لا في الذمة لان الموصوف بصفات السلم يكون كليا لا انحصار له لا يوصف
التي بصفات السلم لانه مع وجوده وتعينه بسلبه بوصف التشخص بصفات المميزة له الكافلة بما يطلب منه لوجوده فلا يكون في الذمة لتشخصه والمشار اليه
بتلك الاوصاف انما هو الموجود في الخارج فيمكن ان يكون المراد بقوله او وصفها بما يرفع الجهالة اعم من صفات السلم كما استثنيناه ويكون بوصفه الذي والوصف
بالصفات الخاصة بالشخص المعين اذا لم يمكن السلم فيه ولا يكون بوصف الذمة لا اشياء قد سقط في قوله ان امكن فيها ذلك والا وجبت المشاهدة فان الظاهر ان كل ما
يمكن وصفه بما يرفع الجهالة اما بما يمكن السلم فيه واما بغيره فلا ما بوصفه فيه التشخص ولا بشأن الموجود المشخص بتتبع جميع صفاته واستقصائها وان كثرت
قوله فان تعذرها المالك صح اي العين المؤجرة لانها اما فيه على حكم فيمكن من الملك وان استحق المستأجر المنفعة قوله فان لم يكن المشتري عالما تخير بين فسخ البيع و
امضائه مجانا مسلوب المنفعة الى آخر المدة اي لو لم يكن المشتري للعين المؤجرة عالما بسبق عقد الاجارة واستحقاق المستأجر المنافع تخير بين الفسخ والامضاء لان
ايجاب انتفاعه بالعين واستحقاق غيره منفعتها ضرر ولان اطلاق العقد يدل على اعتقاد التسليم والانتفاع نظرا الى العادة فلا بد ان يجعل له وسيلة
الى الخلاص من هذا الضرر وهو الخيار فان فسخ فلا بحث وان اختار الامضاء لم يكن له الا الامضاء مجانا لان ما ادى لانه انما يستحق بالعقد وهو السعة
او الزيادة في اصل الحقيقة وهو مستحق لسلامة العين واما الغائب تابع واستحقاقها والتسلط عليها قوله ولو كان هو المستأجر فالاقرب الحاق
ويجمع عليه الاجرة والثمن اي ولو كان المشتري للعين المؤجرة هو المستأجر لها فالاقرب صحة البيع وهل يبطل الاجارة ام لا وجهان اقربهما عند المصنف انها يجمع عليه
الاجرة عوض المنفعة والثمن عوض العين ووجه القرب ان كلا منهما عقد صدر من اهله في محله وحكم الصحيح ان استحق ما يستحق له ولعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود ولا منافي
في ملكه كلا من التابع والمتبوع بعوض يخصه اذ ليس ملك التابع كما اذا ملك ثمرة غير مؤبرة ثم اشترى الشجرة لا يبطل ملك الثمرة وان كانت حال البيع لو لم
يملكها اولا وهو الاصح ووجه الابطال ان ملك العين يستدعي ملك المنافع لانها نما الملك وتبعه المعاوضة على المنافع من مالكها ووجه بطلان لان ملك العين يقتضي ملك
المنافع فاذا لم يستوفها بسبب آخر لا مطلق ولان المنافع اذا استحقت المعاوضة عليها بعد ملكها استحق المعاوضة عليها بعد التمليك اذا احدث
التمليك فاما تجدد ذلك لانه فانه لما استحق نكاح امة من مالكها ثم ابتاعها انفسخ النكاح اذا طرأ عليه الملك وليس شيء الا تجدد المنافع لا ينافي ملكها بالعقد السابق
وابطال النكاح لان جواز الاستمتاع بالبضع اما يكون من الملك او العقد وليس اجتماعهما لظاهر قوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم والتفصيل
قاطع للشركة والنكاح لا يقتضي ملك المنافع بل جواز الانتفاع ولا اجماع على حكم النكاح بخلاف ما نحن فيه قوله ولو وجد بها المستأجر عيبا سابقا
اي على العقد فله الفسخ وان استوفى بعض المنفعة اي لو وجد المستأجر العين المستأجرة معيبة ولم يعلم بالعيب قبل الاجارة فله الفسخ سواء كان العيب سابقا على التمكين للمكلّف
لان مورد الاجارة هو متعلق المنفعة فيها كما في الارتباط والاطلاق اما في الفسخ والصبر على العيب فلا بد من سبيل الى التخلص وهو
العين م

اذا امكن ضبطها بالوصف

لا بد من مشاهدته

ولا اسلم م

للمؤجرة

العقد ولا فرق في ذلك بين ان يستوفي بعض المنفعة او لا يستوفي شيئا لانه اذا استوفى البعض فقد تصرف ومع التصرف يسقط الخيار كالبيع لانا نقول المعقود
عليه في الحقيقة هو المنفعة وان جرى العقد على العين والتصرف في المنفعة انما هو بالمستوفي دون ما بقي فله ان يفسخ وقال ان الصبر على العيب ضرر فلا يسقط الخيار
بالتصرف كما في الغبن وفي الحاق الارش برد ما بقي من بعض المنفعة الى من اخذ العوض فلا يكون الا في حقها بكماله ومن ان العقد جرى على
المجموع وهو باق فاما الفسخ او الرضا بالجميع وسياتي ان شاء الله تعالى ان الاصح وجوب الارش قوله ولو لم يفسخ لزم جميع العوض ينبغي ان يكون
هذا حيث لا يكون العيب منقصا للمنفعة لنقصان العين فانه مع ذلك يستحق نقص العين بحسب العيب فقط مع الخيار قوله ولو كانت العين مطلقة موصوفة
استحق العقد على الموجر الابدال لان المعقود عليه في الذمة كالسلم قوله ولو تعذر فله الفسخ اي ولو تعذر الابدال لعدم البدل على خلاف العادة
او لعجز الموجر بسبب من الاسباب فللمستاجر الفسخ لتعذر ما جرت عليه المعاوضة فيرجع الى ماله قوله فان رد المستاجر العين فسخ العقد في المنفعة
الباقية لان المنفعة استحقها المستاجر كلها انما يستحق العين ليستوفي المنفعة الى آخر المدة نظرا الى انه استحقها بالاجارة والاصل بقاء ذلك بعد الفسخ
لان المنفعة ما يملك لانا نقول اسقط بعد التبعية بانفساخ الاجارة فيسقط قوله ولو تلفت العين قبل القبض او عقيب القبض حكم الاجرة
قبل القبض او عقيبه بطلت مع التعيين اي مع تعيين العين الموجرة وتشخصها لفوات محلها بخلاف ما اذا كانت في الذمة قوله والا بطلت في الباقي اي
وان لم يكن التلف قبل القبض او عقيبه بل بعد مضي زمان ذهب فيه بعض المنفعة بطلت الاجارة على حدة ولا ارش ابتداءها في الماضي اي في الماضي
من مدة الاجارة او من المنفعة فيقسط الاجرة كما لو ... فيرجع من الاجرة بما قابل المتخلف قوله وكذا لو ظهر استحقاقها لا عوض له
الشبه لان المسمى لا يمكن ان يكون بقوله ولو تلفت العين قبل القبض او عقيب القبض لان البطلان في هذه طار وفيما اذا ظهر استحقاق فلا
من اول الامر غير صحيح ويمكن ان يقال لا شبهة في البطلان مع عدم التعيين وان كان بطلان احدهما طاريا وبطلان الاخر من اصله قوله
وينبغي الضمان على الموجر مع جهل المستاجر لان الجاهل مغرور فيكون معذورا وان باشر التلف فيضمن للمستاجر بالغرور قوله وفي الزائد من
اجرة المثل اشكال اي في الزائد من اجرة المثل عن المسمى الذي اغترمه المستاجر الجاهل للمالك ... الزيادة اشكال بالنسبة الى رجوعه به و
عدمه ينشأ من انه مغرور فانه انما دخل على سلامة له من غير غرم والمغرور يرجع على من غره ومن انه انما دخل على ضمانه بالاجرة المبذولة في
مقابلة جميع المنفعة فيغرم اجرة المثل ويرجع بالمسمى ... بان ذلك المسمى غرور في الزائد لانه انما دخل على الضمان ... من غير غرم
والاصح الرجوع قوله ويصح اجارة العقار مع الوصف والتعيين لا في الذمة المراد بالتعيين ما ذكر في الذمة واما الحكم بعدمه في الذمة
لانه لا يجوز السلم فيه كما صرحناه ويجوز اجارته بالمشاهدة كما دل عليه كلامه في اول المبحث قوله ويفتقر في الحمام الى مشاهدة البيوت والقدر والماء و
الاتون ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف مائه او وصف ذلك كله من جملة العقار الحمام وذكر ما يشترط لصحة اجارته تدريجيا بالعين ... يشترط
مشاهدة بيوته ليعلم سعتها وضيقها وكذا حال القدر لاختلاف الغرض بذلك وكذا الماء ليعلم انه ماء قناة او بئر ومشاهدة البئر
ليعلم سعتها وضيقها وغزارة الماء وعدمها وحال العمق ومؤنة اخراج الماء منها ومشاهدة الاتون الذي هو موضع الوقود وموضع الزبل
الذي يجمع فيه للاتون والموضع الذي يجمع فيه الزبل والوقود ومطرح الرماد ومصرف الماء الذي هو المستنقع او وصف ذلك بما يرفع ... فان لم يكن
ذلك لم يصح الاجارة للجهالة قوله ويجب على المستاجر علف الدابة وسقيها فان اهمل ضمن مراده انه يجب عليه بذل ما له ... رجوع وهو قول

وقدت النار تقد وقودا اي اتقدت

ذلك من

حج من الاصحاب اما وجوب العلف والسقي اعم من ان يكون من ماله او من مال الموجر فلا كلام في وجوبه والضمان بالاهمال كالمرتهن في المستودع وقد ادعى ان ما ذكرناه
مراده ولو استاجر اجيرا لينفذه في حوائجه فنفقته على المستاجر الا ان يشترط على الاجير فان شرطا احتاج الى قدره فله اقل مطعوم مثله وملبوسه ولو قيل بوجوب قوله م
العلف على المالك والسقي على الاجير كان وجها قوله ولو قيل بوجوب العلف على المالك يدل على ما قلناه الا ان الشيخ قال ان الاجير للسعي في الحوائج نفقته على فيما ساق ما يجب م
المستاجر كاستحقاق المنافع للمنافع بحصل النفقة ورواية سليمان بن سالم عن الرضا ع وجوابه ان استحقاق المنافع لا يقتضي وجوب نفقته مالم يدخل في جملة الاجرة
والرواية لمخالفتها اصول المذهب يجب ان تحمل على اشتراط النفقة على المستاجر في العقد واما قول ابن الجنيد فلا اصل له لاصول المذهب لان الاجارة معاوضة تقتضي
وجوب العوضين للمتعاوضين دون ما سواهما والا لوجب دخوله في المعاوضة وهو باطل لجهالة النفقة المقتضية للغرر ولعدم جريان العقد عليها فتكون خارجة
عن العوضين فلا تندرج فيما يجب الوفاء به ومتى قلنا بوجوبها فانما هو اذا لم يشترط المستاجر النفقة على الاجير فان شرط احتاج الى قدر الواجب نزل على اقل مطعوم
مثله وملبوسه رجوعا الى العادة في جنس المطعوم والملبوس وتمسكا باصالة البراءة في عدم وجوب ما زاد على الاقل ويمكن الاسكان في جملة النفقة الذي على المستاجر
تقتضيه الشرط ثم كما في نظائره من نفقة الزوجة والمملوك والثوب وان لم يصرح المصنف والاصح ان العلف على المالك والسقي على الاجير لكن مع غيبة المالك يجب الانفاق
على الدابة باذن الحاكم مع تعذر اذن المالك ويرجع ولو تعذر الحاكم اشهد فان تعذر فكما سبق في الرهن والوديعة قوله ح ان شرطه على المستاجر لزم شرط
العلم بالقدر والوصف اي فحيث كان الوجه وجوب العلف والسقي على الموجر ان شرط ذلك على المستاجر لزم قضية للشرط لكن يشترط العلم بالقدر والوصف
لتنتفي الجهالة قوله فان استغنى الاجير لمرض او لطعام نفسه لم يسقطها لان ذلك جعل عوضا للنفقة فلا تسقط بعد وجوبه واحتمله الاسقاط لانه
ونحوها قوله ولو احتاج الى الدواء لمرض لم يلزم المستاجر لاجل لمداعاة الدواء بل السقط ان لم يجب مع الشرط لان الواجب هو ما شرط دون غيره فقطعا عادة
كان او نادرا فلانه مستدرك يعم على القول بوجوب النفقة بمقتضى الاجارة وان لم يشترط لذكره وجه لانه قد يتوهم كونه من جملة النفقة بالاضافة الى المريض
قوله ولو احب المريض ان يستفضل بعض طعامه منعه ان كان قدر كفايته ويخشى الضعف عن العمل او اللبن منعه ح قدس اذا اكل الطعام قدر الكفاية
مع استفضال منه فانا نتر الضعف عن العمل فيكون قوله ويخشى الضعف عن العمل مستدركا ويجاب بان المراد قدر كفايته عادة وقد يعدل لا يؤثر ترك
بعضه ضعفا في بعض الاحوال لعارض واعلم ان المنقول عن فخر الدين بالياء المثناة تحت وهو في معنى الضعف لان المراد به الفتور عن العمل والضمير ان اللبن م
في منه يعود الى المصدر من يستفضل اي الاستفضال لكن يرد عليه ان اللبن ح مستدرك لاغناء الضعف عنه والذي يقتضيه كلامه في غير القواعد على ما ذكره
شيخنا في بعض حواشيه انه اللبن بالباء الموحدة وذلك اذا استاجر الظئر وشرط لها النفقة واراد ان تستفضل من طعامها ما يهابه منه اذا خشي نقص
ذلك قلة اللبن وذكر انه وجد في نسخة مقروة على المص بخط الشيخ الشهيد اللبن اذا كانت مرضعة وهذا وان كان معنى صحيحا الا ان ياباه العبارة لانا فلا يحسن عطف اللبن
معطوف على العمل فيصير التقدير يخشى الضعف عن العمل او يخشى الضعف عن اللبن وفيه ما لا يخفى قوله ولو اجر الولي الصبي مدة يعلم بلوغه فيها او لا لكن يعو
زمان مدة الى ما بعد البلوغ م بتحرر الصبي الوجه الامضاء الا ان زمان الولاية هو ما قبل البلوغ والرشد فاذا اجر الولي الصبي مدة يعلم بلوغه
فيها كابن عشر اذا اجره عشرا وكان رشيدا وان لم يذكر في العبارة فان الاجارة تلزم الى وقت الكمال ثم يتوقف على اجازة الصبي ومثله ما اذا
لم يعلم ذلك لكن اتفق خلال المدة البلوغ والرشد ووجهه ان زمان الولاية هو ما قبل الكمال فيكون نفوذ تصرف الولي مقصورا على ذلك الزمان
دون ما سواه قوله ولو مات الولي او انتقل الولاية الى غيره لم تبطل اي لو مات الولي في خلال مدة الاجارة فان الاجارة لا تبطل لان

لعدم

٤

بمو بصرف الولي بمنزلة تصرف المالك لعمومه مغاره وهو بخلاف المالك اذا آجر ثم مات فالاجارة بحالها وكذا لو آجره الولي مدة ثم استقل الولد به
بموت او وطء او بلوغ فانها لا تبطل لما قلنا من ان الولي نائب عن المولى عليه فعله بمنزلة فعله فلا تبطل بلوغه كما لو فعله بنفسه وانما قلنا ان فعله بمنزلة فعله لانه
كالوكيل بل آكد لان الوكيل انما يتولى ما يدخله النيابة بخلاف الولي فان له ان يحجر على غير المميز وسائر افعال الاجنبية ولا نحو ان الوكيل لو آجر مدة ثم
عزل لا تنفسخ الاجارة ولا فرق بين كون الاجارة للصبي او لماله لاتحاد محل هذا الوجه وآخر باطل الوجه ثم بما تحقق ان لا تنفسخ الاجارة بعين ما ذكرته بهما
لانا نقول لا نسلم ذلك لان في البطلان الاول لثبوت ولايته بالنسبة اليه اما بالنسبة الى البطلان الآخر اذا كان موته قبل وجوده واتحاده فلا **قوله** ولو آجر عبده
ثم اعتقه في الاثناء لم تبطل الاجارة لان المنافع مملوكة كالرقبة وملكها المستأجر اولا بالعوض فصح ولزومه مانع من البطلان بالعتق فاذا اعتق لم يصادف العتق الا
رقبته دون منافعه مدة الاجارة فتزول السلطنة عن رقبته خاصة **قوله** ويجب على المولى الانفاق على العبد لانه حر وجب عليه نفقته حتى تسقط كما
رقبته بالنسبة الى المنافع ملك المدة **قوله** والاقرب عدم رجوعه على مولاه باجرة وجه القرب ان المولى انما ازال الرق عنه مسلوب المنافع بملك المدة وقد
ملك المستأجر ملك المنافع بالاجارة وملك المولى العوض وليس هنا ما يقتضي الرجوع اذا اعتقه واشترط عليه خدمة مدة معينة وتحتمل وجوب اجرة المثل للعبد على السيد
لكون ازالة الرق تقتضي ملك المنافع فاذا سبق ملك المولى اياها للمستأجر فات العتق فرجع العبد على المولى بقيمتها ومن اخذه الملك وليس لي لانه لا يملك المنافع
التي قد استوفى ملك غيره عليها والرق انما زال عنه مسلوب المنافع بملك المدة وقد نقل الاجماع كلام الشيخ في ط في هذا الاحتمال قول لانه قال فيه وهل يرجع
السيد باجرة المثل لما يلزمه من الخدمة بعد الحرية فيه قولان واختار عدم اللزوم وهو الاصح **قوله** ونفقته بعد العتق على المستأجر ان شرطت عليه لانه
في هذا الوجوب الوفاء بالشرط **قوله** والاشبه المعتق لانه كالباقي على ملكه حيث ملك عوض نفعه لكان ان يقول المعتق كالباقي على ملكه ان ثبت فيه
جميع احكام المملوك التي من جملتها وجوب النفقة وقد يقال ان موضع حصول النفقة اما العبد او السيد او المستأجر والكل باطل اما السيد فلا لعتقه واما العبد فلاشتغاله بخدمة المستأجر
واما المستأجر فلان النفقة لا تجب عليه الا بالشرط فتعين السيد والحصر ثم كما منع بطلان الاول اذ يمكن ان ينفق العبد النفقة بان يعمل زمان الخدمة كالليل
مثلا اذ لا بد ان يبقى من الزمان ما يستريح فيه نظرا الى العادة ولو سلم فلم لا تكون نفقته في بيت المال لانه معد لمصالح المسلمين او الزكاة وهو الاصح
فان الحاجة على السيد الحاجة بعد دليل اذ لا يستفيد من عدم نفعه للمال والزكاة فهي احد الواجبات الكفائية فان ابدا نفعها الحاجة بحصول
مع النفقة الى اجل وبذل العبد كفى والاحرف ان السعة بقصد الرجوع عند الامكان كما في المخمصة **قوله** او الوصف الرافع للجهالة الوصف بيان وصف
للعين المشخصة تصيرها العامة بها التي لا تتمايز ولا يرتفع الجهالة عنها الا بذكرها ووصف العين على وجه كلي وهذه انما يكون فيما يسلم وكلاهما مزيل للجهالة
قوله وفي الاكتفاء بالمشاهدة نظر ينشأ من اختلاف الاصحاب ووجود الدليل من الطرفين فالشيخ والمرتضى وبعض المتأخرين على الجواز لاندفاع معظم
الغرر بالمشاهدة وان درس وحمه على المبيع لان عوض المبيع وحاله المسبب على المغابنة والمكايسة لا تدفع الغرر عن العوض فيهما وقد ثبت في البيع
ان بيع المكيل والموزون بدون الكيل والوزن يشتمل على الغرر فلا يصح الاجارة به وهو الاصح وكذا المعدود **قوله** كلما جاز ان يكون ثمنا جاز
ان يكون عوضا عينا كان او دينا حالا او مؤجلا لما كان بين العوض في الاجارة والبيع المشابهة كان المناسب حتى ان ما صح ثمنا جاز ان
يكون عوض الاجارة فالمجوز كونه ثمنا في البيع هنا ايضا ويجوز ان يكون المنفعة عند اخر او منفعة دار باخرى او حانوت منفعة العبد بالدار و
الوجه انه لم يحصل للمعوض لان الحر في احد جهتيه فيه النشء عنده وهذه مستثنى حتى يلزم فيه الربا وهو غلط لان الربا في الاعيان لا في المنافع
الى الآجل

المطلب الثاني في العوض
ويشترط ان يكون مال الاجارة معلوما بالمشاهدة او الوصف

قوله م

ما يجاعا وواحد السابق قوله ولو استأجر دارا ابتدار بها ما يصح للجهالة بمعناه اذا كانت العبارة معلومة يصح الاجارة وبه صرح في التذكرة وهو حسن

ان لم يمكن فصلها ان المعمور داخل في الاجارة قوله وكذا لو استأجر السلاخ بالجلد اي الذي يسلخه لانه مجهول رقه وغلظه وسلامته من القطع وعدم

ولو استأجره بجلد الميتة ليسلخها فاولى بعدم الصحة لانه نجس فلا يملكه ولو استأجره ليسلخ الميتة ممن يكون لها جلد يصح في الظاهر الصحيح لانه عمل مقصود محلل

مدعو الحاجة اليه للسلامة من التاذي بها قوله وكذا الراعي باللبن او الصوف المتجدد والنسل للجهالة في ذلك كله واقترانا بالمتجدد على الموجود الآن فانه اذا كان

معلوما يجوز الاجارة به وكذا القول في النسل فلو اخر المتجدد كان اولى قوله او الطحان بالنخالة المجهول بعد ما بعد الطحن لانها تخلق فيه ولكثرة ما يحلل

حال الطحن حدته وبرداه قوله اما بصاع من الدقيق او المضبوط من الطحين الرحى فالاقرب الجواز لانه عوض صدر من اهله في محله فيجب الوفاء به الا ان

قلنا ان الوصي [illegible] فلان كلام الوصي صالح لان يكون عوضا ومثله لو ساقى احد الشريكين صاحبه وشرط له زيادة من الثمرة وان كان عليه

المسكر ويحتمل المنع لاستلزامها كون العوض لواحد شائعا للملازمة ان الاجرة مستحقة للاجير في حالة العمل ومعنى العمل حق له لانه يملك بعض الحنطة التي يراد

طحنها وبعض الدقيق الذي يراد ارجاعه بالعقد فيكون طحن جزء من الحنطة واثبات جزء من الدقيق حالة تحصيله العوض وذلك باطل ولان الاجارة يقتضي وجوب

العمل على الاجير والحب على الانسان العمل في ملكه وبعض المستأجر عليه ملكه فلا يكون للاجارة فيه صحيح فيبطل الكل لاحلال العوض المسمى

الحال وجه قوله وكذا لو استأجر الى اهل الحج [illegible] اي الاقرب فيه الجواز [illegible] قوله ولو قال ان خطته اليوم فلك درهمان وان

ان خطته غدا فدرهم احتمل اجرة المثل والمشهور الجواز بوجوب اجرة المثل لفساد العقد وجه ان المستأجر عليه غير معلوم والاجرة كذلك

لان المسمى عليه الجميع وهو [illegible] ولا كل واحد والا وجب فيبقى التخيير ولا واحد معين فيبطل لانحصار الاقسام في ذلك والاصح بطلان الاجارة

[illegible] نعم [illegible] والقول بوجوب المسمى في الطلاق [illegible] الاصل الجواز والمسألة تحتاج الى دليل [illegible]

فالاصح العقد فان خاطه في اليوم الاول كان له الدرهم وان خاطه في الغد كان له اجرة المثل [illegible] الدرهم ولم يسقط عن الدرهم وهو بعيد

ثم قال ابن ادريس انه يصح [illegible] وهو حسن [illegible] ان الجهالة [illegible] الجهالة التي

في السلم لا يصح ولانه لا يعتبر [illegible] كذا وكذا [illegible] على الجهالة في العمل فان قوله

عندي لا يصح [illegible] والاصح ما اختاره ابن ادريس قوله وكذا ان خاطه روميا فدرهمان وفارسيا فدرهم وهو مسألة الخلاف والترجيح

وفسر الرومي بالدرزين والفارسي بالدرز الواحد قوله ولو استأجره لحمل متاع الى مكان في وقت معلوم فان قصر عنه نقص من اجرته شيئا صح ولو احاط

الشرط بجميع الاجرة لم يصح وثبتت اجرة المثل القول بالصحة في المسألة الاول هو قول اكثر الاصحاب ومستنده رواية محمد بن مسلم عن الباقر

وفي رواية الحلبي اذا احاط الشرط بجميع الكراء فهو باطل وصرح ابن ادريس بصحة العقد وبطلان الشرط ومثله في المختلف والاصح بطلانهما

لان المستأجر عليه غير معلوم اذ المستأجر عليه احد الامرين على كل واحد من العوضين [illegible] والعوض الآخر ورواية محمد بن مسلم

غير صريحة في الصحة ورواية الحلبي يمكن تنزيلها على ارادة الجهالة والوجه البطلان مطلقا واعلم ان في بعض عبارة الكتاب [illegible]

حصر قوله ولو آجره كل شهر بدرهم ولم يعين اول الشهر لبطل الصحة للجهالة وان كانت في كل شهر بدرهم او استأجره مدة شهر بدرهم فان زاد فبحسابه

فالاقرب البطلان الا في الشهر الاول [illegible] آجره الدار كل شهر بدرهم ولم يعين مدة الاجارة فالاقرب عند المصنف البطلان

[illegible]

لانه لا يفسد للجهالة المفضية للنزاع ولا يلزم من معاملة جزء معلوم من المدة معاملة جزء معلوم من العوض كون العوض معلوما وقال الشيخ في شرح ثم يصح الاجارة
شهرا لكونه معلوما وكذا اجرته واطلق ابن الحسن صحة الاجارة في الفرض المذكور وكل من القولين ضعيف لما ذكر فالجهالة واما الاول فلان كل شهر يقتضي العقد فيكون شرطا
على شهر فلا يتم ما ذكره من كون العوض معلوما والاصح البطلان لو استاجر لحمل الصبرة المجهولة كل قفيز بدرهم لم يصح ان كان مشاهدة لان المشاهدة
لا تنفي الجهالة والغرر وهو الاصح وقال الشيخ في ط اذا استاجر لحمل عشرة اقفزة من صبرة مشاهدة كل قفيز بدرهم وما زاد فبحسابه صح وكذا يصح في الصبرة لو قال كل قفيز
بدرهم ويفارق ما اذا قال آجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم عنده من حال لا يجوز لان حمله للمدة مجهولة للمعاوضة لكن لكل منها لان الحمولة معلومة بالمشاهدة ويضعف بان
المشاهدة لا تنفي الغرر فالبطلان هو الاصح ح اذا آجره الدار شهرا بدرهم فان زاد فبحسابه فالاقرب عند المص الصحة في شهر ووجه القرب ان كلام العوض
وهو الشهر والدرهم معلوم وقوله فان زاد فبحسابه شرط فيبقى فاسد لاشتماله على الجهالة والتعليق والاصح البطلان لان العوض مجموع المقصود من مجموع العقد والشرط
من جملته والنقصان بفساد الشرط يقتضي فساد العقد كما قرناه غير مرة واعلم ان قول المص الا الاخير فان الزايد بطل غير حسن لان مقتضى الاستثناء الاخير فاذا كان
مراده بيان صحة ما عدا الشرط كان حقه ان يقول الا الاخير فان الشهر صحيح والزايد باطل والامر سهل والمطلب معلوم قوله ويملك الموجر الاجرة بنفس العقد كما يملك
المستاجر المنفعة بنفس العقد لانهما عوضان كل منهما في مقابلة الآخر قوله فان شرط الاجل لزم وشرط التعجيل سواء تعدد او اتحد وسواء كان معينة او مطلقة
اذا شرط المستاجر تاجيل الاجرة الى مدة بحيث لا يطالب بها وان تسلم العين الموجرة الى ذلك الامد صح ذلك بشرط كون الاجل معلوما مصونا عن احتمال الزيادة
والنقصان سواء تعدد الاجل بان يحلها نجوما مقسطها ويحل كل قسط معلوم الى اجل معلوم وسواء كانت الاجارة معينة اي واردة على عين معينة او مطلقة
اي واردة على شيء في الذمة مع امر كلي لعدم المانع عندنا وقال الشافعي بالمنع في الاجارة الواردة على الذمة وهي المطلقة لان الاجارة فيها سلم في المنفعة فيجب قبض العوض
كما يجب في السلم وليس بشيء لان هذا ليس سلما والحاقه به قياس وقال المص في التذكرة لو قال اسلمت اليك هذا الدينار في دابة تحملني الى موضع كذا فالاقوى المنع لا لكونه سلما
وضع للعقود بصيغة خاصة والاصل عصمة الاموال عن ان تعتورها الجوازيح فيه احكام السلم من عدم جواز تاجيل الاجرة ولا الاستبدال عنها ولا الحوالة عليها وبها و
لا الابراء منه لحق السلم في المحكي اي مال السلم قال المص ويحتمل ان يقول ان قصد السلم ملحوظا مع صحة اختصاصه بالاعيان وان قصد الاجارة ملحوظ السلم
فيقيد سلما ولا اجارة عندنا وما ذكره حق قوله ويجب تسليمها مع شرط التعجيل او الاطلاق وذلك اذا سلمت العين الموجرة لان تسليم احد العوضين يسلط على
المطالبة بالآخر بمقتضى المعاوضة الموجبة للملك والمنع من المطالبة انما كان لعدم تسليم الآخر قوله وان وقعت الاجارة على عمل ملك العامل الاجرة بالعقد ايضا
وذلك لان المعاوضة اذا صحت اقتضت نقل الملك في كل من العوضين الآخر قوله لكن لا يجب تسليمها الا بعد العمل لان وجوب التسليم في احد العوضين انما يجب بعد
تسليم الآخر وهو هنا يسلمان دفعة واحدة كما في البيع ولا يرتسل العمل وان كان مستحقا بالعقد الا ان تسليمه انما يتحقق بعد قوله ولو شرط تسليمها اولا ذلك
اي اذا عمل الاجير العمل للمستاجر عليه بل بشرط تسليم ذلك العمل الى المستاجر في وجوب تسليم الاجرة الاقرب ذلك ووجه القرب ان المعاوضة لا تجب على احد
المتعاوضين فيها التسليم الا مع تسليم الآخر وهو صريح الشيخ ويحتمل العدم لانه اذا عمل فاما يعمل في ملك المستاجر او ما يجري مجراه فيكون ذلك كافيا
عن التسليم وليس بشيء وربما فصل بان العمل ان كان في ملك المستاجر وجب التسليم والا فلا والاصح انه لا بد من حصول التسليم الى المستاجر وان عمل في ملكه كما لو خاط
ثوبه وان كان في بيت المستاجر ثم صار في يد المستاجر تحقق التسليم واعلم ان تحقيق الشهيد قال في بعض حواشيه ان هذا المعنى في قول المص الاقرب ذلك مسقط
على ان الصفة تلحق بالاعيان وقد يعدم ذكره في العمل ان اعيان المنافع تعد اموالا ولهذا يصح جعلها عوضا ومعوضا وكان المص يحتمل ان يعارض على
لان تسليم احد العوضين مشروط بتسليم الآخر

قوله خ وسقط المسمى بقدره فيما قبضه وكذلك المنفعة يظهر الفائدة في جواز حبس البيت وفي سقوط الاجرة بتلفه فعلى ما قرره المصنف رحمه الله وان اباه ظاهر كلامه ولو
سقطت الاجرة عما قوله غير مستقيم قوله لا حاجة الى البناء الذي ذكره لان المعاوضة على المنافع امر متفق عليه ولا بد في العوض من التعاقد كالبيع اما عند المنافع
اولا فان الذي يقتضي عدمه فيها قولها لا وجود لها بالفعل واما هي امور موجودة بالشان والصلاحية ثم قوله ان ظاهر كلام المصنف يأبى ذلك غير جيد
وقوله في شرط التسليم الاول ذلك صريح في ذلك وليس مقابل الاول مما ينافيه لان مقابل الاول مبني على كون العمل انما يوجب ملك المستأجر كما قاله
نوبة فهو متفرع على التسليم وان كان متعلقا بعين فما ذكره غير وارد فاذا استحق المستأجر للمنافع استحق الاجر فهذا حيث يكون الاجارة واردة على عين
لا على منافعها بدليل قوله بعد وان كانت على عمل فان المستأجر من الاجارة على عمل ان يكون الاجير يعمل بنفسه وان كان في دخول البناء في هذا المعنى مسامحة
فاذا استحق المستأجر المنافع استحق الاجر فهذا حيث يكون واردة على عين لا على منافعها فاذا استحق المستأجر المنافع فقد تحقق وصول العوض اليه فيستحق ملك
الموجر ما عوض الاجارة وان سلمت العين التي وقعت الاجارة عليها ومضت المدة ومن مقتضيه استحق الاجر وان لم ينتفع اي بان سلم الموجر العين الموجرة
الى المستأجر ومضت مدة الاجارة التي يمكن استيفاء المنفعة المعينة بالزمان او بالعمل فيها استحق الاجر واما قلنا انما مدة الاجارة على التقديرين لانه اذا عينت
المنفعة بالزمان فظاهر وان عينت بالعمل فلابد من مضي زمان يمكنها عادة في ذلك الزمان هو مدتها واحترز بمضي المدة عما لو كانت متأخرة عن وقت
التسليم فلا اعتبار لحق العقد فيها ولو سلمها بعض المدة فقط ولا فرق في استحقاق الاجرة بذلك بين الانتفاع وعدمه وان كانت على عمل
فسلم المعقود عليه كالدابة يركبها الى المعين بعينها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها استحق عليه الاجر وان كانت الاجارة فاسدة وجب اجرة المثل فيها
اي وان كانت الاجارة على عمل فسلم الموجر المعقود عليه وذلك حيث يكون المعقود عليه مالا كالدابة اذا اجره ليركبها الى المعين او ثوبا ليلبسه وكالعبد اذا اجره
للعمل الكامل او للخدمة بما امسكها عنها المستأجر ومضت مدة يمكن يكون فيها الى المعين استحق عليه اجرها لان منافعها قد صارت تحت يده وكان هو المحسوب
عليه فيكون بمنزلة ما لو استحق المعوض فوجب عليه العوض ولا فرق في ذلك بين كون الاجارة صحيحة او فاسدة لانه بمقتضى العقد الفاسد على المنافع مضمونة عليه
وقد بلغت مدة فوجب عليه عوضها وهو اجرة المثل وكذا لا فرق بين كون الاجارة واردة على المعين او في الذمة وهذا الحكم في كل عمل يدخل تحت اليد
ويعد مضمونا باثبات اليد على العين المعمول بها عدوانا ولا يكون ذلك الا في الاعيان المملوكة اما الاعمال التي تصدر عن الحر فلا يتم فيها ذلك لانها لا تدخل تحت
اليد ولا تضمن بمجرد الفوات من دون استيفاء ولم يتعرض المصنف لذكره ههنا اعتمادا على ان المراد ... لم يتابعه الحر لا يدخل تحت اليد ولا تضمن بالفوات ان الحر لما
لم يكن الا ملك فلا يمكن دخوله تحت اليد دخول ضمان اذ اليد له فلا يتصور كون يده يد المعين وهي يده اصلا فيؤثر كاليد في الاموال التي يقتضي ظاهر الملك
اذ التي الذي يكون مالكا ولا يكون مملوكا بسبب في جهة ذلك ومنافعه وان كانت مملوكة الا انها لكونها معدومة لا يتصور دخولها تحت اليد استقلالا
ولكونه هو لا يدخل تحت اليد امتنع دخولها تبعا والدخول تحت اليد منحصر في الاستقلال والتبعية فامتنع دخولها بالكلية
نجمه . ولو بذل العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الاجر عليه ان كانت الاجارة صحيحة والا فلا اما اذا كانت الاجارة صحيحة فلان المنافع
بعد بذل العين تلفت باختيار المستأجر في مدة الاجارة فاستقر عليه الاجر كما لو كانت العين في يده وكذا لو كانت على عمل وبذل ومضت مدة يمكن الانتفاع فيها
استقر الاجر لما سبق وان المنافع تلفت باختياره صح به كما ذكر وما ذكره من الوجه غير مسلم للمدعي ويمكن توجيهه بانه لما استحق المنافع بالعقد الوارد على العين او الذمة
وبذل المؤجر متعلق الاجارة وجب على المستأجر قبوله لانه مال له استحقه بالعقد وقد بذل على وجهه وخلي بينه وبينه فاذا مضت مدة يمكن فيها الاستيفاء كان تلفه

على حد ما لو بذل له دينا الحال حيث يجب قبوله وفي بعد ونسبه فلم ياخذ حتى يكون ما يكون من صاحب الدين كما سبق في السبب وهذا واضح لكن لو كانت الاجارة على عمل الحر فبذل نفسه للمستاجر فسلمه او لم يسلمه لكن بقيت مدة يمكن فيها استيفاؤه ففي الحكم اشكال نشأ من ان منافع الحر لا تدخل تحت اليد بخلاف غيره ومن احتمال مدة بذلها له فيكون تلفها منه لان المنافع اموال وقد ملكها فاذا تلفت كان تلفها منه وهذا قوى واحتاره للمصنف في كر ولو كان العمل في الذمة فبذل نفسه له فلا فرق فان في كر واذا اقلنا بعدم الاستقرار فللاجير ان يرفع الامر الى الحاكم ليجبره على الاستعمال واما اذا كانت الاجارة فاسدة فان المستاجر لا يستقر عليه اجرة المنافع ان لم ياخذ العين او لم يتسلم بيده ولا اجر مالي له وقد بذله فوجب عليه فيكون تلفه منه ولو شرط ابتداء العمل وقت مضى مدة يمكن فيها العمل حالته وطلبه المالك فلم يدفع العين اليه صار غاصبا فان عمل بعد ذلك لم يستحق اجرة اي لو كانت الاجارة على عمل كخياطة ثوب وشرط ابتداء العمل في وقت معين وسلم اليه العين ومضى مدة يمكن فيها العمل حالته حالة عدم وطلب المالك العين فلم يدفعها اليه صار غاصبا لانه ليس له حبس العين لانقضاء المدة التي جرت الاجارة عليها فاستحق لعدم المستاجر عليه فان عمل بعد ذلك لم يستحق اجرة لانه غاصب متبرع بعمله بخلاف ما لو لم يعين المدة وان نزل الاطلاق على اتصال زمانها بزمان العقد فانه يحتمل لو اخر ما لم يبطل بعد انقضاء الزمان لعدم الخلاف ما اذا العين لما فان فوات بعض الحاجات واعلم ان العبارة لا تخلو من مؤاخذة لان الظهر في قوله وطلبه المالك قضاء ان يرجع الى العين لكنه لا يصلح لذلك لتذكيره ولا يصلح عوده الى العمل ولو ظهر العيب في الاجرة المعينة تخير الموجر في الفسخ والارش كما في البيع لان الاطلاق يقتضي كون العوض سليما وفي المضمونة له العوض فان تعذر فالفسخ او الرضا بالارش اي لو ظهر العيب في الاجرة التي تسلمها ولم تكن معينة كانت في الذمة استحق الموجر عوض المدفوع لما قلنا من ان الاطلاق يحمل على الصحيح والمدفوع ليس هو المعقود عليه اذ المعقود عليه في الذمة فان تعذر العوض تخير المستاجر بين الفسخ وعدمه ومطالبة بالارش عوض الفائت بالعيب ليتعين المدفوع لان يكون عوضا بتعذر غيره وللموجر الفسخ ان الحق المستاجر لان حق وقبضه على ماله فهو في الاجرة المعينة ولو كانت الاجرة معينة فظهر فيها عيب فانها كالمبيع مما يعرف به التفصيل ان قولنا هذا ان كانت الاجرة دينا تنزيلا للمعاوضة منزلة الاعيان ويكره ان يؤجر العين باكثر مما استاجرها به وان لم يحدث بها شيئا وكان الجنس واحدا على راي هذا المختار جمع من الاصحاب للاصل لعموم اوفوا بالعقود ولرواية ابي المغرا عن الحسين عن الصادق عم وقال الشيخان واكثر الاصحاب لا يصح لعموم قولوا بالمنع منه اي ذلك الجنس منه في الرواية محجتين بالرواية عن الحلبي عن الصادق عم وقد سئل عن اجارة المستاجر العين باكثر مما استاجرها فقال لا يصلح ذلك الا ان يحدث فيها شيئا او سلفه في عمره او زاد او يغرم فيها غرامه وهو ظاهر فان الرواية اذ لا معارضة في الجنس الواحد والروايتان محمولتان على الكراهة جمعا بين الاخبار على ان في الثانية اني لا اكره وهو صريح في الكراهة وهو الاصح وكذا لو سكن البعض واجر الباقي بالمثل او الزائد اي وكذا يجوز الاجارة بها ولا ربا وفي خلاف الشيخ والجماعة لان الاجرة تقسط على الاجزاء والجنسية الى المغرا عن الصادق عم في حديث ان فضل اجرة الى بيوت والاجير حرام وكذا لو تقبل عملا شيئا وقبله لغيره باقل ان يكون ذلك على راي والخلاف للشيخ والجماعة لرواية ابي المغرا السابقة والاصح في ذلك كله الجواز وانما المنعقد او النقص مع فساد العقد لو جاز اجرة المثل سواء زادت عن المسمى او نقصت وذلك لانه مع الفساد يجب دفع عوض ما ملكه من استيفاء المنفعة من ردها ووجب بدلها وهو اجرة المثل ولا اثر لكون المسمى اقل او اكثر لو سرى العين فاسدا بما قل منها او ما كثر فيلوث في قوله اي سحا المهذب ان هذا اذا لم يكن الفساد باشتراط عدم الاجرة لو تكون متضمنا له فهناك يقوى عدم وجوب الاجرة لدخول العامل على ذلك وهذا يجيء في العمل المامية على الدار التي سوغها العامل فان اشتراط عدم العوض اما كان في العقد الفاسد الذي لا اثر له عن الرضا بجعه وجوب اجرة المثل دعا لما عمل على الامام انه واعلم ان عبارة الكتاب سليمة عن المواخذة التي ذكرها المحشي لان الاستيفاء

لكن يرد عليه ان الدين انما تعين بقبض صاحبه فاذا امتنع منه فلا بد من قبض الحاكم فان تعذر فبذله المديون وخلى بين المديون وبينه تلف كان من ضمانه وعلى هذا الجمع ان لا يكون بمجرد بذل الحر نفسه للعمل لا يمكن المستاجر تحت تصرفه وبذل العين للموجر حيث لا يحصل المستاجر بقبض المنافع المذكورة منه وسيوالاجرة عليه اذا مضت مدة يمكن فيها الاستيفاء الا ان يستحق الزمان فانها تجري مجرى تلف العين المستحق الاجرة اذا تلف بمالكه فان اخذه وقد خلى بينه وبينه فتلف كان تلفه منه ولا يتوقف على الرجوع الى الحاكم بخلاف الدين

ولو سكن البعض واجر الباقي بدون الاجرة جاز وان كان باكثر منها صرح به في التبع والحديث لا يأبى فيه فيتمسك فيه بالاصل م

المستاجر

ولو شرط في العقد عدم الاجرة على العقد فلا تلزم الاجرة بعمله م

علي بن [illegible]

ان يعمّ حينئذ سائر المستأجر المنفعة اما لو منعه من نقل بالاجارة فان المستأجر لا يلائمها هو بل لحاجة العادة الى التعدية ثم ان محل الاشتباه احتراز من هذا العلم

قوله: ويكره استعمال الاجير قبل ان يقاطع على الاجرة لما يتضمن ذلك من التجاذب في التنازع غالبا. قوله: وان يضمّن مع انتفاء التهمة اولى بان يقبض

آن يشهد شاهدان على تفريطه فانه يكره تضمينه اذا لم يكن متهما لو تحلّف على اليمين وقضينا بالنكول كره تضمينه مع عدم التهمة كما قيل ويشبه ان يكون اذا لم

ينقض بالنكول يكره له تضمينه باليمين المردودة وهذا اذا قلنا بعدم الضمان الا بالتفريط اما على ما يراه كثير من الاصحاب من تضمينهم الا مع ثبوت ما يسقط الضمان فظلمه

لان الاجير اذا لم يكن متهما يكره تضمينه اذا لم يعلم الله بما يسقط الضمان وربما فسر ذلك بكراهة اشتراط الضمان وليس بشي للفساد حينئذ. قوله: فلو استأجر بيتا

ليحرز فيه خمرا اي لا يصح الاجارة في ذلك كله والمراد اذا صرّح في عقد الاجارة بكونها لذلك اما لو آجر الدار ممن يحرز الخمر فانه لا يحرم على الاصح وان كره

كذا سواء البيع. قوله: او دكانا ليبيع فيه آلة محرّمة ان يقول ليبيع فيها لان الخمر مؤنث سماعي. قوله: او اجيرا ليحمل له مسكرا سواء كان مسلما او كافرا اي سواء كان

الاجارة هذه والمبيع في المسلم لما اذا كان لكافر ولان المسلم لا يجوز ان يكون اجير الكافر وحمله الخمر حرام لغير الاراقة او التخليل ومع ذلك فخمر الكافر

انما يكون محترمة اذا لم يتظاهر بها بين المسلمين فاذا اظهرها فلا حرمة لها. قوله: او مصحفا للنظر فيه فيما فانه يعظم شعائر الله. قوله: اما بالتبعية كمالك العين

فانه يملك المنفعة لكونها تابعة للملك. قوله: او بالاستقلال كالمستأجر اراد بتملكها بالاستقلال حصول سبب من الاسباب الموجبة للملك فيقتضي ملك المنفعة وذلك

كما في المستأجر والموصى له بالمنفعة. قوله: ولا يصح اجارة [illegible] اي لا يترتب عليها اثر الاجارة لكن يقع موقوفة كالبيع موقوفا. قوله: ولو عقد الفضولي وقف

على الاجازة كما في بيعه وفي آن فان الاقرب وقوفه على الاجازة ووجهه عموم اوفوا بالعقود ويحتمل العدم لعدم التصرف في مال الغير بغير اذنه. قوله: ولو

شرط المالك على المستأجر [illegible] ان يؤجر فانه يعلق وسلم العين ضمن اي ضمن [illegible] لتسليم العين اما دونه فلا. قوله: فلو آجره ولم يسلمه او سوغنا المنفعة كالسلم

فلا ضمان قطعا لعدم التعدي. قوله: ويجوز مع عدم الشرط ان يؤجر بمثله او اقل ضررا اي ان يؤجر لركوب مثله مثلا او لسكنى مثله او يؤجر لمثل العمل الذي

استأجر لاجله وكذا للاقل ضررا لان المنفعة يصير ملكا له بالاجارة والناس مسلطون على اموالهم. قوله: سواء كان قبل القبض او بعده بخلاف البيع

فانه يحرم او يكره. قوله: وسواء كان المستأجر هو الموجر او غيره ومنع بعض الاصحاب من استيجار الموجر لانه يملك المنفعة بالتبعية فلا يتصور ملكها بسبب آخر

ولانه اذا استأجر صيّر العين كما يصح الاجارة فكانه لم يكن الاجارة [illegible] وما يصحح ذلك كان سابقا [illegible] ان لا يصح اذا اطلق او هو ضعيف [illegible]

[illegible] بعد الايجار. قوله: ويضمن العين بالتسليم لان تسلط الشخص على مال غيره بغير اذن المالك تعدٍّ فيكون موجبا للضمان وقوى جماعة [illegible] عدم

الضمان لان القبض من ضرورات الاجارة للعين وقد حكم بجوازها والاذن في الشيء اذن في لوازمه وفيه نظر اذ ليس من لوازم الاجارة القبض لامكان

استيفاء ذلك بيد الموجر وكيلا في استيفاء المنفعة والعين في يده كما لو سكنه الدار معه او حمل المتاع على الدابة وهي في يده او ركبها اياها وهي في

يده فلم يتم ما ادعاه. فان قيل ان لم يجز التسليم لم تصح الاجارة لان اجارة ما لا يقدر على تسليمه غير صحيحة قلنا هو مقدور على التسليم بالاذن للمنفعة وحصوله

على ان المراد من التسليم حصول المنفعة وحصولها متصور مع كون العين في يد المستأجر الاول كما ذكرنا لكن يدل على [illegible] الصحيح عن [illegible] عدم ضمان

الدابة المستأجرة بالتسليم الى الغير ولعل المراد [illegible] يكون هناك اذن او يراد تسليم لا يخرج [illegible] عن كونها في يد المستأجر [illegible] لعموم تحريم مال المسلم

الا عن طيب نفس الى ان يوجد المخصص. قوله: ولو استأجر تفاحة للشم او طعاما للتزيين للمجلس او الدراهم والدنانير لذلك او الاشجار للوقوف في

ظلها او [illegible] من اشعار وقصد هذه المنافع ولهذا لا [illegible] بالعين [illegible] لانه لا يعتد كون هذه المنافع

المطلب الثالث في المنفعة

وشروطها ثمانية الاول ان يكون مباحة فلو استأجر مسكنا ليحرز فيه خمرا او دكانا ليبيع فيه آلة محرمة او اجيرا ليحمل له مسكرا سواء كان مسلما او كافرا او جارية للغناء او كاتبا ليكتب له الغنا او [illegible] او مصحفا للنظر فيه لم يصح. متن

الثاني ان يكون مملوكة اما بالتبعية [illegible] متن

باستيفاء

الثالث ان يكون متقومة فلو استأجر [illegible] متن

المنفعة

منفعة وجب تسليمها بالعقد بشرط لجواز بذل العوض المالي في مقابلة المنفعة ان يكون متقومة اي ان يكون لها قيمة عند اهل العرف عادة لان مالا قيمة له
لا يجوز بذل المال في مقابلته والحسن وقوع المقابلة وصحة عليه فلو استاجر تفاحة للشم او طعاما للتزيين المجلس او الدراهم والدنانير للتزيين بها او الشمع
كذلك او الاشجار للوقوف في ظلها لم يصح الاجارة بطريق الشبهة في التردد في كون هذه المنافع متقومة ام لا وهذا اولى من قول المصنف بناء في اشتراط قصد هذه
المنافع ولهذا الاشتمال على قصدها بالعقد فانه لو تم ذلك لم يكن للتردد مجال بل وجب الجزم بعدم الصحة واحترز بالعادة عن التفاح الكثير فان استيجاره الظاهر صحته
لصحة استيجار المسك والرياحين كما قاله الشارح وهو مناقشة لان الظاهر ان المانع ليس هو وحدتها بل كون مثل هذه المنفعة لم يعتد لها قيمة عرفا بخلاف
ما يمكن تحقق البخلاف للمسك فانه يكون اجسادا الشارح الترك بينهما لا نعلم من بينهما واعلم ان المصنف جوز في التذكرة استيجار الدراهم والدنانير للتزيين بها وللضرب على طبعها
ونثرها في العرس ثم لحقها بالتحلي بها والوزن بها والاصح جواز استيجارها ولا يشترط تعيين جهة الانتفاع كاستيجار الدار فانه يجوز منفعة السكنى واحراز المتاع
فيها ولو استاجرها لا لاتلاف لم يجز ولم يكن قرضا وكذا يصح استيجار الاشجار للاستظلال والبساط للشم والشمع للتزيين لا للتزيين ان صح مقابلة ذلك بمال عرفا
اما الطعام فيكره للتزيين فلا فائدة مثل ذلك لا يبذل العوض في مقابلته والضابط ان المنفعة التي يحسن عرفا مقابلتها بمال يجوز استيجار العين المشتملة عليها دون
غيرها ولذا لو استاجر تفاحا للتنزه بالنظر اليه اي الى رؤيته النظر الحسن وما اشبه ذلك اما لو استاجر شجرا لتجفيف عليها الثياب او بسطها
عليها ليستظل بها فالوجه الجواز ينبغي ان يراد بسطها عليها واسكان الشيء تحت الاشجار ان كان عطفا على الفعل وهو حسن لانه اولى
من جعله فعلا وعطف الجملة على جملة التجفيف او على جملة استاجر لعدم حصول المعنى المراد ح لان الشيخ الاول انه لو استاجر شجرا ليبسط الثياب عليها وعطف الثاني على ليبسطها
عليها فالوجه الجواز وهو خلاف المعنى المراد ووجه الجواز ان المنفعة متقومة في العادة وسلم ان الشجر مقصود للعقلاء الى غاية الحسن وهو مختار الشيخ و
يحتمل العدم لتخيل عدم كون ذلك مما يقصد في العادة ويعد متقوما ولهذا الاشكال في التذكرة واختار الشارح البطلان والاجود قول المناط للتصحيح في ذلك
ونظائره هو الضابط السابق ولو استاجر الكرم للثمرة او الشاة لنتاجها وصوفها او لبنها لم يصح لان ذلك تمليك اعيان قبل وجودها و
الاستيجار انما يتعلق بالمنافع لا ان انه يشترط لصحة الاجارة كون المنفعة وحدها ذا قيمة لان مورد الاجارة هو المنفعة التي لا تنقص العين فلو لم تكن للمنفعة وحدها
قيمة من دون ضميمة عين اليها فحينئذ لا يصح لانه خلاف مقتضى الاجارة شرعا لان المقصود بها نقل المنافع كما ان المقصود بالبيع نقل الاعيان لكن في نوع استيجار الكرم
للثمرة والشاة للنتاج عاهدا مناقشة فانه ليس هنا منفعة مقصودة لها ولا قيمة لها دون العين المستفادة له هو الثمرة والنتاج وهما عينان ثم ان علمنا بكونه
تمليك الاعيان قبل وجودها فيه مناقشة ان اخذتهما ان هذه الاجارة لا تمليك لكن لما اشتملت على نقل العين في ذلك مقصود البيع صار مقصود البيع
مقصودا بالاجارة وجهه ان لا يصح لان لكل عقد حدا لا يتعداه المالية وقبل وجودها غير معلومة المدة ولا بيع لا يقتضي ان لا يجب الصحيح هو مجموع
الامرين مع ان الاول وحده كاف في المنع عندنا واعتذر الشهيد بان المصنف اولى صحة التعليل عند الي الف في العامة القائلين بان الاجارة بيع
فان بيع الاعيان قبل وجودها عنده لا يجوز فوجب ان لا يجوز عنده هذا العقد الا لهذا التعليل لكن في هذا الاعتذار مناقشة لان ذلك لا يرتبط بالشطر
الرابع وهو كون المنفعة متقومة بانفرادها وكذا اوله بعد والاستيجار انما يتعلق بالمنافع فيكون قبل وجودها مما ليس ركن ولو استاجر الظئر لارضاع الولد
مع الحضانة جاز الظئر هي المرضعة ولا ريب ان استيجارها للحضانة جائز لانه عمل مقصود محلل معلوم فيكون دخول اللبن بالتبعية جائز كالبئر اطه واعلم ان
الحضانة بكسر او بر حط الولد وترتيبه ودهنه وكذا غسل خرقه وتنظيفه وحفاظه سريره وربطه الى غير ذلك مما يحتاج اليه ولا يخفى ان

الربط بستن معنى
الكد سر به درحم كردن معنى
الدهن بروغن چرب كردن معنى

فلان [illegible]

شرط ان يكون ... [illegible]

غضارن ... التسبط ... الحمامي ...

الرابع انه يوذ دها بالسوم ملكه اكرم ... معنى

الا استيجار للحضانة لا يدخل فيه الارضاع وبالعكس ✽ والاقوى جوازه مع عدمها للحاجة وظاهر الآية قوله تعالى وان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن والمراد به حق اللبن قطعاً اطلق اسم الاجر على ما قابل ذلك فوجب ان يكون الاستيجار جائزاً وحمل المنع لتناوله الاعيان ومع ذلك فهي مجهولة وليست موجودة ولا وقعة لهذا بعد ثبوت النص واعلم ان المصنف قال في الذكرى ان الخلاف بين المختلفين في صحة هذا العقد انما هو اذا قصر الاجارة على صرف اللبن الى الصبي وقطع عنه وضعه في الحجر ونحوه ولكن هذا انما يجيء على قول العامة المجوزين نقل الاعيان بالاجارة والا فيجب ان لا يختلف الحال بين ادخال ذلك وعدمه نظراً الى ان هذا الفعل وحده غير مقصود من دون اللبن واعلم ايضاً ان قوله للحاجة يشير الى ان الحكم ذلك المسألة لان يطلق الحاجة لا يجوز بالاجرة مع انه يناسب ان يكون سر الشرعية وكيف كان فالاصح الجواز ✽ ولا يتعدى الى الشاة لارضاع السخلة الا في ذلك وظاهر الوجه الى الحاجة كالطفل ويحتمل العدم لوجود المنافي وعدم التساوي ويمكن الصلح على ذلك لا لتعذر الجهالة ✽ وكذا يجوز استيجار الفحل للضراب على كراهة وليس بحرام عند علمائنا قاله في التذكرة والتصدق بالضراب وان كان [illegible] الا انه جوز للضرورة وتيسر العقد عليه بقدره بالمرة والمرتين ونحوهما وحكى المصنف في التذكرة عن بعض العامة المنع بالمدة ورده بان يطلق الفعل على المدة غير مقدور وشرط دخول الماء جاز وفي التذكرة منع استيجارها لذلك ثم قال لو استاجر الدار وفيها بئر ماء جاز له الانتفاع بها للعادة ودخول الماء بالتبعية قال ولو استاجر قناة فان قصد موضع جريان الماء جاز وكان الماء تابعاً كما يجوز الانتفاع بها كما يجوز الرضاع واللبن تابع ✽ ويجوز استيجار الاطياب للشم وان لم يذهب اعيانها لثبوت النفع وان نقص بالاستعمال بعض اجزائه ✽ بخلاف الشمع للاشعال والطعام للاكل فانه لا يجوز فيهما ذلك لان الانتفاع بهما في المذكور انما يكون باتلافهما بخلاف الطيب فان الذاهب بعض اجزائه التي لا يخل ذهابها ببقاء [illegible]

ولا اجارة في الاستحمام للبث فيه واستعمال الماء تابع للاذن [illegible] ان يكون هذا جواباً عن سؤال مقدر بان الحمام لا يصح اجارته لان الانتفاع بالماء انما يكون غالباً باراقته التي هي اتلاف له وجوابه ان الاجارة في الاستحمام انما هي على اللبث في الحمام واما استعمال الماء فهو تابع له لكنه بالاذن فيه عادة فان العادة مستمرة بان من دخل الحمام يستحم اراق الماء واعترف في التذكرة بان الاستيجار للحمام اتلف على [illegible] فيه للضرورة وفي موضع آخر تردد في كون المدفوع الى الحمامي ثمن الماء ويتطوع بحفظ الثياب واعارة السطل او كونه اجرة الحمام والسطل والازار وحفظ الثياب واما الماء فلا يقابل بعوض لكونه غير مضبوط [illegible] على انه اذا اتى صاحب حمام ووضع عنده الثياب فضاعت فلم يضمنه وقال انما هو امين ولا دلالة فيها على شيء لانه على الاول مستودع وعلى الثاني اجير فهو امين على كل من التقديرين ✽ اما لو لم يعين الزرع انصرف الى عشرة من المنافع ولو كان نادراً ولو كان غير الزرع نادراً لكن يشمل التصحيح [illegible] المنفعة عللّ به لان اغلب وجوه الانتفاعات بالارض زرعها الا ان يشهد الحال بمنعها لا اراد للزرع وفي التذكرة قد تورع في ذلك والظاهر [illegible] لوجود الشهود وعلل [illegible] بسهولة لاحتمل صحة اجارة الارض للزرع عندنا اذا كانت محتاجة السقي به وكان [illegible] لوجود الماء [illegible] وعند ذلك [illegible] في العادة [illegible] احتياج السابقة الى النفقة [illegible] المطر ولو كان نادراً [illegible] غير معهودة عادة ولا معلومة بل يكون قصدها نادراً [illegible] ✽ وكذا لو استاجر العبد مدة يعلم موته قبل انقضائها للجهل [illegible] الاجارة حينئذ باطل ✽ او استاجر الارض للحفظ اي لحفظ الامتعة حيث يكون حفظها موقوفاً على وجود [illegible] ✽ كما لو استاجر للحرث او [illegible] الى مصدر او بكسرها اسم ✽ فلو استاجر الآبق [illegible] لم يصح [illegible] لو استاجره [illegible] صح وقد صرح بصحتها [illegible] في بعض [illegible] معللاً بانه اذا جاز [illegible] كذلك [illegible]

قوله وفي جواز استيجار النخل [illegible] اشكال [illegible] نقل للعين [illegible] الضرورة [illegible] والاقوى العدم [illegible] م

استعمال الماء

الخامس كمال وجودها فلو استاجر الارض للزراعة ولا ماء لها بطلت [illegible] الزرع [illegible] يكون م

او اخرس للتعليم واستاجر [illegible] للعمل [illegible] لو استاجر [illegible] للحرث او المجلد [illegible] لو استاجرها [illegible] جاز [illegible]

السادس القدرة على تسليمها فلو استاجر الآبق [illegible]

سنة تجوز الإجارة إلى أكثر ... وقال أهل العراق الذي في الإجارة وقت ... وفي رواية ... واحد وان [illegible] وان [illegible] ... أكثر من سنة ... ثلث سنين ... الإجماع ... والمنع ... جواز ذلك ... على أن ... على جواز الإجارة أكثر من سنة

عدم القدرة على التسليم مقصود الإجارة وهو الانتفاع والحكم في البيع ثبت بالنص على خلاف الأصل فلا يتعدى قوله ولو استأجر للسنة التي بعدها صح اي لو لم يكن زمان الإجارة
متصلاً بالعقد كما لو آجره السنة القابلة صح لأنه عقد صدر من أهله في محله ولا مانع إلا تأخر زمان الإجارة عن زمان وقوع العقد وذلك لا يصلح للمانعية وقال الشيخ
في ق لا يصح وأبو الصلاح تبعه محتجين بأن الإجارة حكم شرعي لا يثبت إلا بدليل وهو منتف ولأن صحة الإجارة موقوفة على التسليم وهو منتف هنا وجوابه
الدليل قائم وهو أوفوا بالعقود وإلا أن تكون تجارة عن تراض والتسليم واجب زمان الإجارة لا مطلقاً قوله ولو آجره شهراً متصلاً بالعقد ثم آجره بعده
أي بعد الشهر وحكى خلاف الشيخ هنا والصحيح هنا بطريق أولى خصوصاً إذا كان العقد الثاني للمستأجر الأول قوله ولو استأجر إلا أنه يعقب الطريق صح ورجع إلى المهاياة
إن قصد التناوب والإجماع إلى تعيين حد المقصود نصف الطريق صادق على النصف الملفوف أجزاء وهو الذي يقصد به التناوب وهو حصول الراحة بالركوب كلما تعب وعلى النصف
المتصل الأجزاء فإن قصد الأول فلا بد من تعيين مقدار ما يركب وما يمشي إما بالمسافة أي تعيين الإجارة بالمسافة والإجمال بالزمان كركوب يوم ومشي يوم أي تعيين بالزمان
ولا بد من تعيين محل الركوب ومحل النزول أو زمانهما ولو كان هناك عادة مستمرة غالبة منضبطة نزل الإطلاق عليها صح من غير تعيين وإن قصد الثاني فلا بد من تعيين النصف
الذي يستحق ركوبه أهو الأول أم الثاني وبدون ذلك تعيين أول النصف الذي ... لا بد من تعيين آخره وقد سبق في البيع أنه لو باعه جريباً من هنا إلى حيث ينتهي
لم يصح لجهالة المبيع فلا بد أن يعين آخره ومعناه أن لا يصح هنا إلا إذا عين الآخر وقد نبه الاكتفاء في التناوب بالتعيين بالإيام عدم اشتراط
ذكر الآخر هنا وليس كذلك لأن تعيين المسافة يكون بأمرين فلا بد من ضبط الأول والآخر في كل منهما وتحقيق الزمان أو المسافة وذاتهما على فلا تعيين بالآخر
واعلم أن قوله ورجع إلى المهاياة ليس صريحاً في وجوب ذكر ذلك في العقد وإن كان هو المراد قوله والمنع أشبه كالحبس لو استأجر ليعلم من يصح أو قطعه
صحيحاً أو استأجر جنباً أو حائضاً لكنس المسجد لم يصح لتعذر صدور الفعل منه شرعاً وهو غير مقدور التسليم ولا تحل الإجارة إنما تجوز في الاستئجار للجنب والحائض
لكنس المسجد كون زمان الكنس زمان الحيض والجنابة قوله ولو كانت السن وجعة الذي يصلح صحت ... قلعه الألم وقول أهل الخبرة أن قلعه مزيل الألم وإلا فلا ولا بد في قطع
اليد المتآكلة من أن يكون القطع نافعاً ولا يخاف معه التلف ذكر ذلك ... مجرى ... قوله ولو استأجر ... بدون إذنه فيما يمنع حقوق الزوج لم يصح
أطلق الشيخ القول بالمنع من إجارة المرأة نفسها لغير الزوج بغير إذنه محتجاً بأن المرأة معقود على منافعها بعقد النكاح لزوجها ... على منافعها ... حقوق الزوج و
سعة ... فصل ... ذكره هنا وهو أن الإجارة إن لم ... صحت الإجارة ... أن ... المرأة ...
الاستمتاع للزوج فهي مستورة ... فلا تصح إجارتها نفسها ... من الأعمال ... بدون إذن الزوج ... وإن كان كذلك إلا أن العادة ...
... الزوج لا يستوعب الأوقات في الاستمتاع خصوصاً في النهار وإذا كان ... ومعلوم أن جميع منافع المرأة غير مملوكة له ... الاستمتاع
فالزمان الذي يعدم الاستمتاع فيه للعادة أو لغيبة يجوز للزوجة إجارة نفسها فيه لبقية المنفعة مملوكة لها بعده وهذا واضح فإن الأمور المعتادة على وجه الاستمرار ... ذق م
... أراد الزوج الاستمتاع على خلاف العادة في ذلك الزمان المخصوص بالإجارة ... الإجارة ... بالوجوب ... الزوج واعلم أن ينبغي م
قوله لم يصح ينبغي أن يراد به الوقوف على إجازته لأن العقد فضولي قوله ولو كان للرضاع فإن مع ... حقوقه بطل وإلا فلا لا فرق بين الاستئجار للرضاع
وغيره ... ينبغي أن يكون المراد بالبطلان عدم اللزوم قوله ولو استأجرها الزوج أو غيره بإذنه صح ... الزوج ... فإن المنافع
... فإذا كان المستأجر هو فلا ... جميع منافعها ... الاستمتاع ... الزمان ... لا ... صحة الإجارة إذا رضي
بصرفه في المنفعة التي استحقها لأن فاضل الزمان عن الاستمتاع ... ولهذا تجوز لها الإجارة لغيره ... على قول الشيخ ...

اسماعه

استئجارها وسنابل — وان كان لارضاع ولده منها في حبالته منع الشيخ من استيجار الزوج الزوجة لارضاع ولده لانها اخذت منه عوضا في مقابلة الاستمتاع
وآخر في مقابلة التمكين وشغلها [illegible] والمصنف لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف
والعوض المأخوذ ليس في مقابلة التمكين بل في مقابلة الارضاع ولا فرق في ذلك بين حصول الزوج وعدمه لانه قد رضي بذلك والحق ان الشيخ انما قاله
منع من استيجار الزوج زوجته لارضاع ولده منها وعلله بما حكى وهذا الحكم يكون الولد منها كما هو ظاهر قولهم لارضاع ولده [illegible] فكذلك وكلام الشيخ
فيكون ما ذكره مما رد على الشافعي وان المصنف الرد على الشيخ — ولو تلفت العين المستأجرة قبل القبض بطلت الاجارة لتعذر تسليم العوض وهو قبل القبض مضمون على المؤجر والحكم
ان هذا الحكم يتحقق العين فلو كانت الاجارة في الذمة فتسلم عينا فتلفت فلا اجارة [illegible] — وكذا العين [illegible] في اثناء المدة [illegible]
[illegible] وجه البطلان ان المنفعة التي هي المعقود عليها [illegible] المستأجر [illegible] العين و الاجارة. وارد عليها [illegible]
تعذر العوض فتبطل — ولو تلفت في اثناء المدة صح في الماضي وبطل في الباقي لتعذر الاجارة بعده لتعذر العوض فان تساوت اجزاء المدة فعليه بقدر ما مضى اذا تساوت اجزاء قوله م
المدة بالنسبة الى المنفعة وعرض [illegible] في اثناء المدة فعلى المستأجر من الاجرة المسماة بقدر ما مضى من الزمان فان كان نصفه فنصف الاجرة او اقل او اكثر فكذلك
ولا فرق بين كون المنفعة مقدرة بالزمان او لا — والا قسط المسمى على النسبة [illegible] اي وان لم تكن اجزاء المدة متساوية كذلك فانه يقسط المسمى
على الماضي والباقي بالنسبة فيعتبر نسبة اجرة المثل [illegible] الى المجموع [illegible] فيؤخذ بتلك النسبة من المسمى ويدفع ما قابل الماضي [illegible] المدة دون الباقي
ولو انهدم الدار او غرق او انقطع [illegible] في الاثناء فللمستأجر الفسخ [illegible] المنافع [illegible] ان يكون هذا مع امكان ازالة المانع او عود اصل الانتفاع
فلو [illegible] الاجارة لعود المنفعة [illegible] فلو بادر المالك الى الاعادة [illegible] الخيار المفهوم من مبادرة المالك مسارعته بحيث لا يفوت شيء من
النفع هكذا افهم الشارح الفاضل [illegible] ويمكن ان يراد به عدم التراخي [illegible] الا ان الاول اوجه فانه اذا فات شيء من النفع [illegible]
فثبت الخيار له اذا فات شيء من النفع لا فرق بين مبادرة المالك وتراخيه اذ له فسخ المستأجر حتى حصل الاعادة ووجه الفرق ان السبب المقتضي للخيار
حصل وهو الانهدام وما في حكمه وهو موجب [illegible] بعد الاعادة [illegible] دليل على سقوطه بالاعادة ويحتمل السقوط لزوال المقتضي والاول اقوى ووهم
من قوله بادر اي لو تراخى [illegible] وان حصلت الاعادة وجعله الشارح [illegible] والاصل [illegible] لم يفرق بينهما ولم يجعل العبارة خاصة بالصورتين و
احال التفصيل بانه ان لم يفت شيء من النفع فلا خيار والا كان مستمرا والكلام الاول اوجه — ولو شرط منفعة كالزرع فلو غرقت [illegible] كصيد السمك
منها بعد الغرق فهل كان له فسخ الاجارة لتعذر المنفعة المعقود عليها فان ما تعذر استيفاؤه من العين [illegible] العقد لاجله وللمنفعة قول بان له الفسخ لان [illegible]
الاستيفاء منه اجرى وليس بظاهر — ولو امكن الانتفاع بالعين فيما اكثر [illegible] على تخير المستأجر في الفسخ والامضاء بالحصة اي لو امكن الانتفاع بالعين نقص م
بعد عروض [illegible] فيما اكثر [illegible] لكن على نقص تخير المستأجر في الفسخ والامضاء بالحصة اما الفسخ فلان ما جرت عليه الاجارة هو العين سليمة وقد فات
وصف السلامة فله الرجوع [illegible] واما الامضاء بالحصة فلان [illegible] الاجارة كله باق لم [illegible] المردود [illegible]
الارش لان تعيب العين بعض تعيب المنفعة فيجبر عيبها بالارش وما شبه هذه المسألة بما ذكره من المبيع [illegible] فان الثابت بها
عند جمع [illegible] الفسخ والامضاء بالجميع اما الانهدام نقص [illegible] الدار مثلا وغرق بعض الارض فانه في الاجارة كتلف احد العبدين وانه لا يستحق سوى
الارش في المسألة الاولى كما مر — ولو غرق بعض الارض بطل فيه وتخير [illegible] بين الفسخ والامساك بالحصة لا فرق في غرق بعض الارض بين كونه قبل القبض

اذ بعد [illegible] يستوي الحال في العوض في الاثناء لو فسخ البيع ولا خيار للموجر لان الملك محسوب منه دائما نعم للمستاجر الخيار لتبعض الصفقة عليه فتأمل ولو استوفى الموجر
من المعوض بعض المنفعة فلا اشكال في ان له الفسخ فيطالب بالمسمى وبين الامضاء فيطالب باجرة المثل ووجهه ان العوض لم يصل اليه وكان له الرجوع الى ماله فيفسخ وله
المطالبة بقيمة المنفعة لانها حقه وقد تصرف فيها الموجر عدوانا فيجب عليه عوضها كالاجنبي وهو الاصح ويحتمل ضعيفا العدم بل يفسخ ويطالب بالمسمى فقط وهو قول
الشيخ انتهى لذلك يجري التلف في مدة فواتها المعقود عليه كما لو اتلف البائع المبيع فكذا هنا وضعف بانه ليس المراد ضمانها في مدة ضمان قيمتها لو تلف
بل ايجاب المعاوضة بعد تسليم العوض المراد استيفاء المنفعة فاذا باشر اتلاف مال الغير عدوانا فاجتمع امران احدهما تعذر تسليم العوض والآخر مباشرة اتلاف
مال الغير فيتخير في الفسخ نظرا الى الامر الاول والمطالبة بالقيمة على احد الملك نظرا الى الامر الثاني ولان ضمان الموجر يستدعي ثبوت العوض للمعوض له وذلك نظير ما
الجمع م — اذا اتلف البائع المبيع بعد العقد حيث لم يسلمه المستاجر والمنفعة التي استوفاها اذا اغرم قيمتها وضعف بان المنع منهما يستلزم احدهما فلا كلام للمستاجر الموجر
العين للموجر وبها انما يستحق الاجرة بالعقد والمنفعة يغرم قيمتها بعد اتلافها ومثله لو جنى البائع على المبيع قبل القبض على الاصح ولو جنى البائع بعد قبض المشتري
فيعيب المبيع ثم انفسخ المشتري في العين بآفته والبيع ذمته فللبائع الرجوع بالعين وبارش العيب وللمشتري ارش الجناية فيسقط منه ارش العيب ان كان ارش الجناية اكثر باعتبار
زيادة القيمة على الثمن لان ارش العيب جزء من الثمن بخلاف ارش الجناية فانه جزء من القيمة فقد استحق البائع ارش جنايته وهو عوض الجزء الذي اتلفه الا انه يستحق آخر
وهو كون العيب بيد المشتري مضمونا عليه انتهى ولو غصبه اجنبي قبل القبض تخير المستاجر بين الفسخ فيطالب الموجر بالمسمى في الاجارة ومطالبة الغاصب باجرة المثل
وجهه ان قبل القبض يكون المعقود على الموجر نظرا الى مقتضى المعاوضة فللمستاجر الفسخ ومطالبة الموجر بالمسمى ولا يسقط به لامكان مطالبة الغاصب لانه باشر اتلاف
مال الغير عدوانا فالله الرجوع عليه بقيمة المنفعة وهي اجرة المثل وبذلك يعلم عدم الفسخ ومطالبة الموجر باجرة المثل كما ذكر لكونه مضمونا عليه ولا يعطي بالضمان الا وجوب القيمة وتحتمل
العدم لانا لا نريد بالضمان هنا المعنى بل مقتضى المعاوضة وهو انه بفوات المعقود عليه يجب رد العوض وهو المسمى ولا دليل على انه يجب له الفسخ وقد يسمى المسمى ومطالبة
الغاصب هو الموجر بالاجارة ومطالبة الغاصب وليس له امر آخر غير هذين انتهى ولو ردت العين الا ان يسترد المستاجر المنافع الباقية ومطالبة الغاصب
باجرة مثل الماضي ان كان ردت العين المذكورة وانتهت مدة الاجارة فللمستاجر خيار الفسخ والامضاء ومطالبة لفوات المعقود عليه وهو مجموع المنفعة لانه قد ثبت له الخيار
استيفاء م — بالعيب والاصل بقاؤه ولم يذكر المصنف هذا الظهور واستفاده من حكم المسألة السابقة ولو لم يفسخ في الماضي والباقية ومطالبة الغاصب بعوض ما ذهب في يده وهو
اجرة مثله انتهى قطعا وهل له مطالبة الموجر والحال هذه ما مر من المستوفي للاجارة من الوجهان السابقان انتهى وهل له الفسخ فيه ومطالبة الموجر نظرا الى وهل
ويستوفي الباقي م — للمستاجر في المسألة المذكورة الفسخ في الماضي خاصة ومطالبة الموجر بحصته من المسمى المعوض به نظرا الى ان فوات المعوض من المعوض يقتضي الرجوع الى العوض
وهو الاجرة المسماة والواقع في هذه الصورة يختص بالمنفعة الماضية فيختص الفسخ بها ويمكن ان ذلك يقتضي تبعيض الصفقة على الموجر وهو خلاف مقتضى العقد فاما ان يفسخ
في الجميع او يمضي الفسخ في الجميع لعموم اوفوا بالعقود فيتمسك به في موضع النزاع الى ان يثبت المخصص وهو الاصح ولو كان الموجر هو المانع من التصرف بعد المدة ثم
العين فللمستاجر هل له الفسخ في الماضي خاصة يحتمل ذلك والاولى الثبوت بها لانه تخصيص العقد وحصل ما يوجب ما يثبت للاحوال اذا عرفت ذلك فاعلم ان السابق الكل
حمل قول المصنف ومطالبة الموجر على ان المراد مطالبته باجرة المثل للمدة الماضية على تقدير عدم الفسخ نظرا الى كون العين مضمونة عليه وان الضمان انما هو بمعنى خاص كما
سلف فيكون اللفظ المذكور في كلام المصنف متعلقا به على تقدير عدم الفسخ وثبوت الفسخ في الماضي خاصة ويكون تقدير العبارة ثم وهل للمستاجر الفسخ في الماضي
ومطالبة الموجر باجرة المثل للماضي على تقدير عدم الفسخ نظر وهذا المعنى الذي حاوله صحيح الا ان حمل العبارة عليه يقتضي التعسف والتكلف فالاولى انتهى ولو كان

الاجارة على عمل مضمون كخياطة ثوب او حمل شيء فغصب العبد الخياط او الدابة التي عليها فللمستأجر مطالبة المالك بعوض المغصوب اي لو كانت الاجارة واردة على
الذمة كما لو كانت على عمل مضمون اي في الذمة غير مختص بمحله كخياطة ثوب وحمل شيء اي غير معين للخياطة والدابة فغصب العبد الخياط او الدابة التي عليها فللمستأجر
مطالبة المالك بها وهو المؤجر بعوض المغصوب لان للمستأجر عليه في الذمة غير مخصوص بالمغصوب ـــ فان تعذر البدل تخير في الفسخ والانتظار اي فان
تعذر تحصيل المستأجر البدل للمغصوب فقد تعذر العوض فيتخير المستأجر بين الفسخ فيأخذ المسمى والانتظار فيصبر الى ان يحصل البدل او يرد المغصوب
وينبغي ان يكون هذا اذا لم يتشخص الزمان فان تشخص بان عين او لحصول […] الاجارة بمضي المدة وقد سبق مثله ـــ ولو كان الغصب بعد القبض لم تبطل الاجارة
وطالب المستأجر الغاصب باجرة المثل خاصة وان كان في ابتداء المدة اي لو كان غصب العين المؤجرة بعد قبض المستأجر لها لم تبطل الاجارة لانها لا تبطل بالعيب
بعد القبض فهاهنا بطريق اولى وليس له الفسخ لان الغصب حينئذ بعد قبض العين واستقرار العقد وبراءة المؤجر فيطالب المستأجر الغاصب باجرة المثل من جهة المنفعة
واشار بقوله خاصة الى انه ليس للمستأجر سوى ذلك ولو كان الغاصب هو المؤجر فالظاهر عدم الفرق ولا فرق في الغصب بعد القبض بين كونه في ابتداء المدة
او في خلالها لحصول القبض المعتبر ـــ ولو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء كما لو استأجر جملا للحج فسقطت السابلة فالاقرب تخير كل من المؤجر والمستأجر
في الفسخ والامضاء. وجه القرب ان وجود الامارة للخوف يوجب الاحتراز على كل منهما منه ويقتضي تحريم السفر حينئذ وذلك يحرم تعذر استيفاء المنفعة للعين
ونحوه ولان المنع الشرعي كالحسي ولهذا لو استأجر امرأة لكنس المسجد فحاضت والزمان معين فانها تفسخ ويحتمل العدم لانه لا مانع من جهة المؤجر والعين المستأجرة من جهة
المستأجر […] بطلان المعاوضة اللازمة بعد القبض […] المؤجر اذ لا يجوز له التغرير بالمال مع الخوف فهو […] العمل شرعا لان الخوف
المظنون يجب الاحتراز منه على النفس والمال […] الا ان […] الاجارة بها بسبب امتناع العمل بخصوص المستأجر للكنس والاول […] فيه
ما ذكرناه ان واعلم انه لا حاجة الى التقييد السابق […] بل يكفي حدوث […] للمؤجر والمستأجر نظرا الى […] ولو كان الخوف خاصا بالمستأجر دون
المؤجر […] ثبوت الحكم المذكور […] مع وجود المانع الشرعي ومن تخيل عدم […] اذا اختص بالمستأجر اذ لا مانع من طرف المؤجر وقد قال المصنف في التذكرة
ولا يفسخ بالعذر فلو اكترى جملا للحج ثم بدا له او مرض ولم يخرج لم يكن له فسخ الاجارة. وفي الحواشي المنسوبة الى شيخنا الشهيد على التحرير بعد ذلك بالمرض الذي يمكن معه الخروج
فان لم يمكنه الخروج اصلا ولم يجز له اجارته لغيره كان شرط عليه استيفاء المنفعة بنفسه فانه يقوى الفسخ هذا كلامه وعندي فيه نظر لان تعذر الاستيفاء اذا اختص
بالمستأجر ولم يكن من قبل المؤجر ففي اسقاط حق المؤجر وتسلط المستأجر على الفسخ او الحكم بالانفساخ اضرار بالمؤجر لمصلحة المستأجر الا ان يقال هذا
لا يزيد على […] في المواضع […] للمستأجر […] لان فيه معاونة على الاثم والعدوان ولا ريب ان ما ذكره
محتمل ـــ ولو استأجر دارا للسكنى فحدث خوف عام يمنع من الاقامة بذلك البلد فتخير المستأجر […] كما مضى وفي ثبوت التخيير […] وجه احتمال الانفساخ
ثم انه قد يقال لا حاجة الى كون الخوف عاما لعموم الدليل موضع اختصاص المستأجر بالخوف الا ان […] في المسألة السابقة ثبوت الفسخ ويرد
هنا ما ورد فلعل الفرق ان العذر هنا خاص بالمستأجر وهناك يعم المؤجر واعلم ان في حواشي شيخنا الشهيد انه نبه على […] ان ذلك في العذر […]
[…] بخلافه هنا باعتبار الدابة فانه يمكن حفظها بترك السفر بخلاف الدار […] الخوف في الطرق الكثرى
بخلاف البلد فان عروضه نادر ـــ ولو […] المالك […] على حكم الاجارة […] الذمة
ولم يذكر حكم […] العين […] المطالبة باجرة […] ذلك سابقا ـــ ولو استأجر لقصد شيء […] لعدم الثقة بحصوله […]

الدابة

مانع

منشأ النظر

باعتبار الدابة فانه يمكن حفظها بترك السفر بخلاف الدار واتفهم وجه الخوف في الطرق الكثرى بخلاف البلد فان عروضه نادر

للمنفعة

[illegible]

المسمى مع ورائه تسليمها بحسب العادة. فلو آجر من وجب عليه الحج مع تمكنه بنفسه للنيابة عن غيره لم يصح لتعذر وقوع الحج للمستأجر لا مع عدم
التمكن من الحج الواجب عليه (ولو متمكنا) فلا مانع لجريانه مجرى سائر الافعال المندوبة والمباحة. ولو آجر نفسه للصلوات على قضاها لا ينوب عن المستأجر الواجبة م
وبطل بيعه عن الاجر الاقوى العدم اي لو آجر من وجب عليه صلوة نيابة لغيره لبطل الصلوة الواجبة على الاجير لم يصح الاجارة قطعا لانه لا يمكن حصولها للمستأجر
فلا يصح بذل العوض اجارة في مقابلها وبطل بيعه عن الاجر حيث انه صلاها عن نفسه الاقوى عند المصنف العدم وفي فائدة لو انه لم يفعلها عن نفسه [illegible] مقابلها
عليه بالاصالة بل بالاجارة لان هذا العوض في مقابلها فلا يكون مطابقة لما في ذمته لان الذي في ذمته هي الواجبة بالاصالة وللمنافاة الاخلاص في ان
العبادة مفعولة لغاية حصول الاجرة والاخلاص اي تحقق قصد القربة خاصة لقوله تعالى وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين ويحتمل الصحة
ذلك باعثه على حصول الداعي كالامر بالصلوة وغيرها من الطاعة وكما في الاستيجار للصلوة على الميت والحج وغيرهما من العبادات فتجارة بان العبادة
من كان غاية القصد العبادة اداؤها في الاخلاص والصلوة ونحوها في الاستيجار عن الميت التي يتحقق فيها فعلها لحصول الاجرة الالتي فيها العباد
وليس من لوازم حصول الاجرة بالفعل قصدها عنده اولى ان يعد حرجا بالاجماع وكما كان بعدم الصحة اظهر ولصح الاستيجار للجهاد والحج و
الصلوة لمن لا تجب عليه ويقع عن المستأجر بالاجماع ولقوله عليه السلام في حديث الخثعمية فدين الله احق ان يقضى. لكن يشترط في الصلوة الموت وكذا الصيام
بالاجماع اما الحج فيقع عن الحي فان كان مندوبا جاز اختيارا وان كان واجبا يشترط فيه عدم التمكن منه فانه يجوز الاستيجار للحي [illegible] عدم التمكن واخراج الزكوة
ونحوها اختيارا ولو استأجر ولي الميت لصلوة الفائتة وجب على الاجير الاتيان بها على ترتيبها في الفوات لوجوبه [illegible] فعل الاجير ما في ذمة
المستأجر عنه. فلو استأجر اجيرين كل واحد عن سنة جاز لكن يشترط الترتيب في فعلهما لما في جواز استيجار اجيرين لصلوة ميت لكن بشرط الصحة
بعضها الترتيب بين الفعلين لان ما في الذمة مرتب والشرط ذلك لصحة الاجارة وان كانت العبارة توهم [illegible] فان ادعيا دفعة فان علم كل منهما بعقد
الآخر وجب على كل واحد منهما قضاء نصف سنة وان جهلا فكذلك كان الاولى ان يقول فان ادعيا دفعة وجب على كل منهما قضاء نصف سنة سواء علم بعقد الآخر كل منهما م
ام لا لان عبارته توهم ان التفصيل للتفاوت في الحكم وليس كذلك وانما وجب قضاء نصف سنة على كل واحد لان الشغلين لا يمكن [illegible] معا لان الترتيب شرط
ولا سبيل الى بطلان الفعلين معا لصلاحية كل منهما لاسقاط ما في الذمة فتعين عدم اعتبار احدهما ولم يكن لاحدهما اولوية على الآخر فحكم بالتنصيف وفيها اشكالات
ان الفعلين اذا وقعا دفعة فالاحوال اربعة اجزاؤهما معا وهو معلوم البطلان اذ الامر انما هو بفعل واحد فلا يعقل اجزاء الفعلين مع ان الاجزاء
مطابقة الفعل للامر واجزاء احدهما بعينه دون الآخر ترجيح بلا مرجح ولا بعينه ايضا كذلك لان ما لا تعين له في حد ذاته لا وجود له فكيف يوصف بالاجزاء
فلم يبق الا بطلانهما ثم ان ما ذكره بعض اجزاء فعل احدهما نكرة وفعل الآخر تارة اخرى وهو قول بمجرد التشهي ثم انهما اذا كان كل منهما عالما بالآخر فحال
ايقاع النية لا يكون احدهما جازما بان فعله هو الواجب والجزم بالنية حيث يمكن شرط وفيه اشكال آخر وهو انهما اذا كانا عالمين بهما عن الاقتران
في الفعلين فالنهي في العبادة يقتضي الفساد ثم انهما اذا كانا جاهلين بحث الحكم يصح فعلهما ولا يقع بفوات الترتيب لانه شرط مع العلم لا مطلقا الا ان
يقال ان عدم العلم بالترتيب انما يقتضي سقوطه مع جهل المكلف به دون القاضي ويشكل بان القاضي عن غيره لو نسي وصلى العصر قبل الظهر صح وصلى الظهر كما لو صلى
عن نفسه الا ان يقال ان اشتراط الترتيب عند الاصحاب يقتضي عدم الصحة مردود به وما حكاه فالحكم في ذلك مشكل وليس الا دفعة واحدة وهو الا ان [illegible]
[illegible] فالكلام عند الله [illegible] فرض المكلف والآخر في سقط الاشكالات كلها الا ان يثبت بهذا الجواز الحاجة الى الدليل والله اعلم

نقل م

ان المراد من اتيانها دفعة ايقاعها في ستة كل صلوة في صبح يسمّى التشهد جواب فلو لم يعرف في كل صلوة لكان الشكّ في الصلوة هو المعتبر فعله
فيه وفي ضمان الولي اشكال اتى مع جهلها بالحال وينشأ الاشكال من غروره ايّاها باستيجارها مع علمه بها المنع فانه لا ينافي الصلوة في تلك الحال
ومن مباشرتها لذلك والمباشر اقوى في الضمان والاصح الضمان لضعف المباشرة بالغرور فيه ويكره الاستيجار للزيارة عن الحي والميت
لان ذلك فعل يدخله النيابة وكذا الحج المندوب وهل يفرق في الزيارة بين كونها واجبة ومندوبة فيشترط في الواجب عجزه عن المباشرة او سقوط الحكم
العقلي مع العجز ويكون جواز الاستيجار خاصًّا بالمندوبة اوجهه ان النذر ان تناول فعل الناذر وفعل غيره جاز الاستيجار والا فلا باس بعد الاخير
والمراد بالزيارة الحضور مع النية عند نبي او امام او ولي او مكان شريف يستحق زيارته فيه وفي جواز الاستيجار على الاحتطاب والاحتشاش والالتقاط او
الاحتياز بسط انشاء من وقوع ذلك للموجر او للمستاجر في جواز الاستيجار والتوكيل لواحد من هذه الامور بطريق تساوي المكان حول النيابة فيه ذلك وعدمه
ورجوعه الى ان السبب المملك في حيازة المباحات هو النية ام مجرد الاخذ فان قلنا بالثاني لم يدخل ذلك الفعل النيابة وان قلنا بالاول دخلته فعلى الاصح
لاعتبار الاول بورود النص بان الجوهرة في جوف السمكة ليست للصائد اذ لولا ذلك لكانت له ويضعف بامكان استناد عدم الملك الى امر آخر كعدم تحقق
الحيازة ونحوه والظاهر انه لا يشترط في ذلك النية بل يشترط عدم نية الضد فان نواه لغيره فلم يتم الملك ولا الاولوية في الالتقاط وح فيصير جواز الاستيجار
والتوكيل وان لم نقل بالاول فلا يصح البناء المذكور فيه والاجارة اما ان يكون في الذمة او على العين لكون واردة على عين مخصوصة بحصة
والاوجه ثانيها ان كان للنفس مباشرة مقصودة وحب بل المصرّح المطلوبة بها بالاجارة ولو اطلق فقد قال ذكر احتمال التعميم قال وهو الاوجه
وهو بظاهره مخالف لما هنا وما ذكره في كر محمد فلابد لزمه مثال الامر به المساحة فيه وعلى كل حال لابد العلم بقدر المنفعة اي على التقدير
المنفعة بعد ذلك لابد من العلم بقدرها ويتقدر بها طريقان بتقديرها بالزمان واحكم اما بالمسافة او بعض محله فيه والاعيان يعتبر ضبطها لكن يكثر البلوى
بتكريره في عرفها عليها اي ضبط الاعيان كلها عسيرا منتشرها ويكثرها فلا يسهل تعداد الجميع وذكر ما يعتبر فيها لكن ما يعم به البلوى وقد دعا الى حاجة
الى الابتداءها بالاجارة والاستيجار متكمة بهما الآدمي والدواب والارض وضبطه هذه يجري مجرى القانون لضبط غيرها بان يكال عليها فيه
ويصح استيجار الآدمي خاصًّا وهو الذي يستاجر مدة معينة للمراد انه استاجر ليعمل بنفسه مدة معينة سواء كان يعمل المنفعة بالزمان كان يبني هذا الشهر او بالمسافة
او بالعمل ويشخص الزمان يعني اوله كمن جاء بعض الى ساعة بعينها او الزمان عدا ثم انه لكونه اوا داعى العامل والزمان فان اتحد المنفعة كلاث
وان تعددت فان اشتوعلى الجمع فلا بحث المقدر وان عين واحدة ثم لم يكن عملا اخرى لآخر الا اذا لم المنفعة ولم يؤد ذلك الى تقصير العمل كمن يوقع عقد
النكاح وهو يبني او يحود ذلك بحث لا يلزم تقصير في العمل اصلا وليس له ان يوجر نفسه لغيره اخرى في العمل الذي قصد العادة عدم العمل فيه من الزمان
كالليل سلا وآخر النهار سلاق بعض الازمنة والاكمية الا ادا لم يؤد ذلك الى ضعف في العمل المستاجر عليه وعلى هذا ينزل فلا يجوز له العمل بغيره فيها الا
باذنه وجاء ذكرنا به يعلم انه لابد من تقييد قوله وهو الذي يستاجر فيه يكون الاستيجار للعمل بنفسه وهذا استفاده من قوله في المشترك وهو الذي يستاجر للعمل
مجردا عن المباشرة فيه فان عمل بدون الاذن فلا اجرة ويتخير المستاجر بين الفسخ والمطالبة باجرة المثل للمشترك الكائنة او المساجرة اي فالعمل للاجير
الى من عمل غير المستاجر في المدة التي عيّنت للعمل كلها فالاجرة تخير المستاجر بين الفسخ بين المطالبة باجرة مثل ذلك العمل او المسمى الكائنة او يستحق الغير مثله ما بالحجة
او جعله للاجير والمستاجر ووجه التخيير اما بالنسبة الى الفسخ فلفوات ما وقع عليه عقد المعين وصار عن الاجارة فيرجع الى ماله ان اراد واما بالمسمى

الحجز فيه

السبب المملك فيه

الثامن ان يكون معلومة والاجارة اما ان يكون في الذمة او على العين والتعيين ان لم يكن له سوى عادة واحدة يكفي الاطلاق والاوجب بيانها مثل بالعمل

ثاني مه

ال

الى المطالبة باجرة المثل فلانها قيمة العمل المستحق له بعقد الاجارة وقد اتلفه عليه فاستحق بدله واما بالنسبة الى المسمى
الثاني فلان العقد جرى على المنفعة المملوكة له وكان فضوليا بالنسبة اليه وكان له اجازته واخذ المسمى ومتى طالب باحد
الامرين فله مطالبة الموجر لانه المباشر لاتلاف المنفعة المملوكة له وكذا المستاجر الثاني لانه المستوفي لها ويحتمل الانفساخ خ
كما اذا اتلف البايع المبيع قبل القبض عند الشيخ وهو ضعيف والاصح الاول ومنه يعلم ان المسئلة مفروضة فيما
اذا كان ذلك قبل قبض المستاجر العين لو كان الاجير عبدا وان كانت العبارة خالية من ذلك وكذا علم مما قررناه
ان هذا حكم ما اذا عمل عند غير المستاجر جميع المدة فان عمل بعضها تخير المستاجر بين الفسخ في الجميع والمطالبة باجرة
وافرع في المسمى الاول
المثل لما مضى لكل من الموجر والمستاجر والمطالبة بالمسمى ان اجاز العقد الثاني لكن اذا اجاز ما سلف مطالبة الموجر الثاني م
من المدة ويسقط المسمى بما بقي
من حيث انه رضي باستيفاء المستاجر الثاني المنفعة وصار الموجر الثاني بمنزلة وكيله واقل الاحوال ان يكون
ذلك بالنسبة الى ما بقي من المدة حين الاجازة نظرا الى سبق العقد وان الموجب للضمان والاجارة لا تزيله الا ان يقال
ان مجرد الاجارة لا يزيل الضمان الثابت بالعقد وان السابق وهل له الفسخ بالنسبة الى ما مضى خاصة فيه النظر
السابق فيما لو ردت العين المغصوبة في الاثناء والاصح العدم مشتركا وهو الذي يستاجر لعمل مجرد عن المباشرة
او المدة اي ويصح استيجاره خاصا ومشتركا وهو اي المشترك هو الذي يستاجر لخياطة الثوب ويعين اول الزمان
لعمل مجرد عن المباشرة مع تشخص المدة كما يدل عليه ظاهر قوله او المدة مثل ان يستاجره لخياطة الثوب ويعين اول
الزمان او يستاجره للخياطة يوما ما او الذي يستاجر لعمل مجرد عن المدة مع التقييد بالمباشرة مثل ان يستاجره ليعمل
عنده بنفسه من غير تعيين مدة فيكون العمل مطلقا باعتبار عدم تشخص الزمان ويعلم من العبارة ان للمشترك قسما آخر
وهو الذي يستاجر للعمل مجردا عن المباشرة والمدة معا وحكم الاول انه لا يمنع من العمل عند غير المستاجر حال لكن
يجب عليه تحصيل العمل المستاجر عليه في تلك المدة فلو لم يحصله لزمه اجرة المثل عنه ان لم يفسخ المستاجر يطالبه بها هي
فقط وحكم الثاني وجوب العمل بنفسه متى طلبه المستاجر ومتى خالف فله الفسخ والرضا بالعمل وحكم الثالث وجوب تحصيل
دون المباشرة وعدم تعيين المدة
العمل متى طلبه وجواز الفسخ بالتاخير والرضا بالعمل ويملك المنفعة بنفس العقد كما يملك الاجرة به وذلك لانهما
عوضان كل منهما في مقابلة الآخر فيمتنع ملك احدهما من دون ملك الآخر والا لم تكن المعاوضة صحيحة لان صحتها عبارة
عن ترتب اثرها عليها وذلك هو اثرها فاذا استوجر لعمل فلابد اما بالزمان كخياطة يوم او بمحل العمل كان يستاجره
لخياطة ثوب معين هذان طريقان لتعيين المنفعة في الاجارة والاشتراط كون اليوم معينا لتعينه في نفسه بخلاف
الثوب فانه يختلف باختلاف الامور التي ستاتي فلا بد من تعيينه وقد يقال ان الايام تختلف اختلافا بينا بطول
الزمان وقصره فيفتقر الى التعيين على ان في بعض البلاد لا يستوي في النهار كله في العمل زمان شدة الحر وطول النهار
وفي حواشي شيخنا الشهيد اشكاله على خياطة اليوم في الذمة من جهة الاختلاف في الصناع وهو اشكال آخر ويصح

هناك في الذمة ومعيناً اي يصح تعيين المنفعة بكل من الامرين سواء كان العمل في الذمة او معيناً بتعيين الاجير فاذا عينه
بالعمل وجب تعيين الثوب وطوله ونوع التفصيل ونوع الخياطة لاختلاف الحال والاجرة باختلاف ذلك اختلافاً بيّناً وتعيين
الثوب يتحقق بالمشاهدة وبالوصف الرافع للجهالة ولا بد من بيان الطول والعرض ونوع التفصيل من قميص وقباء وغيره
ونوع الخياطة رومية او فارسية وغير ذلك ولو كان هناك عادة مطردة بنوع حمل الاطلاق عليه فرع لو دفع الى الخياط
ثوباً وقال له ان كان يكفيني قميصاً فاقطعه فقال الخياط هو كاف وقطعه ضمن ارش القطع بخلاف ما لو قال أيكفيني فقال
نعم فقال اقطعه فلم يكفه لم يلزمه شيء لانه لم يشترط في قطعه ان يكون كافياً بل غايته هناك انه غشه وكذب عليه فلا يضمن وبه
صرح في التذكرة قوله ولو جمع بين الزمان والمحل بطل للغرر وجه كونه غرراً ان المستاجر عليه هو ايقاع ذلك
العمل في الزمان المخصوص وذلك غير معلوم الانطباق لامكان كون العمل في اقل من ذلك الزمان او اكثر فلا يكون المستاجر
عليه معلوماً ولا محقق الحصول ولانه لو صحت الاجارة هنا لافضى الى البطلان الا نادراً اذا انطبق العمل على المدة اتفق حصول
المستاجر عليه فيجب ان تنفسخ الاجارة واختار المصنف في المختلف الصحة لان الغرض انما يتعلق في ذلك غالباً بالفراغ من العمل
ولا ثمرة مهمة في تطبيقه على الزمان والفراغ امر ممكن لا غرر فيه فعلى هذا ان فرغ قبل آخر الزمان ملك الاجرة لحصول
الغرض وهو التعجيل ولا يجب شيء آخر وان فرغ الزمان قبله فللمستاجر الفسخ فان فسخ قبل حصول شيء من العمل فلا شيء
او بعد شيء فاجرة مثل ما عمل وان اختار الامضاء الزمه بالعمل خارج المدة لا غير فليس للاجير الفسخ ولا يخفى ما في هذا
من التكلف الذي هو خلاف مقتضى عقد الاجارة والاصح ما هنا قوله ويعين في تعليم القرآن السور او الزمان سيأتي كلامه
عن قريب ان شاء الله تعالى اشكال في جواز تعيين التعليم بالزمان قوله وفي الارضاع تعيين الصبي ومحل الارضاع أهي
بيتها او بيت الصبي فهو وان توقف في حقيقته لتفاوت الغرض في ذلك كله تفاوتاً ما مؤثراً في الرغبة والاجرة
وقد يتبين مصلحة المرضعة في بعض الامكنة والمرتضع مع الولي في بعض آخر وكذا يجب تعيين مدة الارضاع
للجهالة بدونه واليه اشار بقوله ومدته بالجر عطفاً على محل الارضاع المعطوف على المضاف اليه قوله ولا يتداخل فيه الحضانة
لاختلاف مدلول كل من اللفظين فلا يتناول احدهما الآخر قوله وهل يتناول العقد اللبن او الحمل ووضعه الثدي في فيه ويتبعه
اللبن كالصبغ في الصباغة وماء البئر في الدار الاقرب الاول لاستحقاق الاجرة به بانفراده دون الباقي بانفرادها
والرخصة سوغت تناول الاعيان ش لا ريب ان الاجارة للارضاع وللصبغ تثبت على خلاف الاصل لثبوت المعاوضة
على عين اللبن وعين الصبغ والمقتضي لصحتها في الارضاع نص الكتاب وفي الصبغ الاجماع لكن ما المستاجر عليه اهو
نفس اللبن فقط وهو الذي اراده بقوله وهل يتناول العقد اللبن بدليل قوله بعد لاستحقاق الاجرة به بانفراده
ام هو حمل الصبي ووضعه في فيه واللبن تابع كالصبغ في الصباغة فانه تابع والمستاجر عليه هو الفعل ومثله ماء البئر
في استئجار الدار الاقرب عند المصنف الاول ودليله استحقاق الاجرة به بانفراده دون الباقي بانفرادها وقوله والرخصة

غشه لم يمحضه النصح او اظهر له خلاف ما اضمر كغششه والغش بالكسر الاسم منه قاموس

التعذر قوله

لاختلاف

الثدي

سوغت تناول الاعيان كانه جواب عن سؤال من يقول كيف جازت الاجارة على الاعيان وفي الاستدلال نظر لان الاتم ه
استحقاق الاجرة باللبن بانفراده مما تصيره المرضعة في معدة الصبي ولا يلزم من عدم استحقاق الاجرة بالامور
الباقية بانفرادها استحقاقها في مقابل اللبن وحده ولم لا يجوز ان يكون في مقابل كل من الامور الباقية مع اللبن كما اختاره
الشارح وكذا في الصبغ مع الغسل ولهذا لا يستحق الاجر ببذل العين من دون الفعل وبالعكس وهو حسن ولو قيل ان
المستأجر هو الفعل الذي لا ينفك عن اتلاف العين وهو ايصال اللبن الى معدة الصبي وتلوين الثوب الذي يجعل الصبغ
في حكم التالف فتكون العين حينئذ تابعة ولا يخرج الاجارة عن مقتضيها امكن الا ان من المعلوم القطعي ان الركن الاعظم
في الرضاع والصباغ هو اللبن والصبغ واما ماء البئر في اجارة الدار فقد سبق انه لا يصح وقوع الاجارة عليه لعدم الدليل
وجواز التصرف فيه حيث جاز ان يكون لاستفادته من الوقف المستقر او لدخوله تبعا قوله وعلى المرضعة تناول ما يدر به لبنها من
المأكول والمشروب لانه مقدمة الواجب واجبة قوله فان سقته لبن الغنم لم تستحق اجرا لان حقيقة الارضاع غير ذلك فيكون
غير المستأجر عليه فيكون متبرعة فيه قوله ولو دفعته الى خادمتها فالاقرب ذلك ايضا اي عدم استحقاقها اجرا ووجه
القرب ان الرضاع يختلف باختلاف حال المرضعة فيحمل مطلقه على المباشرة فيكون ما اتت به خلاف المعقود عليه ويحتمل
الاستحقاق لحصول مسمى الارضاع والتحقيق ان يقال ان الاستيجار للارضاع هل يشترط فيه تعيين المرضعة ام لا ظاهر
كلام المص فيما سبق وكلامه في التذكرة حيث قال ان شروط الاستيجار للارضاع اربعة ولم يعد من جملتها تعيين المرضعة
عدم اشتراط التعيين وقد صرح المص في كلامه الآتي عن قريب ان شاء الله تعالى بعدم الاشتراط وهو الاصح وعلى هذا ان
عينت المرضعة فاسترضعت اخرى خادمتها او غيرها لم تستحق اجرا وان جعل ذلك في الذمة استحقت بحصول مسمى
الارضاع وان لم يوجد تصريح ولكن استوجرت للارضاع امكن ان يحمل هذا الاطلاق على ارضاعها لانه المتبادر الى الفهم
والعرف جار عليه فاذا استرضعت خادمتها لم تستحق اجرا وفيه ما فيه فان كان مراد المص هو هذا الفرد فهو محل الكلام
قوله ويقدم قولها لو ادعته لانها امينة وقد يقال لا يلزم من امانتها تقديم قولها خصوصا وانما تريد بذلك اثبات استحقاق
الاجرة لها ويمكن ان يحتج بان ذلك فعلها وهي اعلم به ويتعسر الاشهاد عليه في الاوقات المتكررة ليلا ونهارا فلو لم يقبل يمينها
لادى ذلك الى عدم الرغبة في الارضاع وهو حسن قوله وللمولى ان يوجر امته ومدبرته وام ولده للارضاع لانهن لرواها بينها
مملوكات له واراد دباسمه القن لان الحكم اماد قوله دون مكاتبته لانقطاع سلطنته عنها بالكتابة ولا فرق بين المطلقة وغيرها
قوله فان كان لاحديهن ولد لم يجز له ان يوجرها الا ان يفضل عن ولدها او تقيم له غيرها لترضعه وكذا القول
في كل مرضعة وانما خص المملوكات لانهن محكوم عليهن فهن مظنة عدم ملاحظة حال ولدهن بخلاف الحرة بالنسبة الى
ولدها لاقتضاء الشفقة الجبلية خلافه قوله ولو كانت مزوجة افتقر المولى الى اذن الزوج قد سبق ان اذن الزوج ح
انما يفتقر اليه فيما يمنع حقوق الزوج لا مطلقا فينبغي ان يكون ههنا كذلك وفي التحرير استشكل الصحة ان لم يمنعه

شيئا من حقوق الزوج فان تقدم الرضاع صح العقد ان لم تعدم منافاة الرضاع للزوجية وللزوج وطيها وان لم يرض المستاجر لاختلاف المنفعتين لان الارضاع لا ينافي الوطي وانما يجوز الوطي فيما يفضل من الزمان عن الارضاع ولو اضر الوطي باللبن فالظاهر تقدم حق الارضاع فان مات المرتضع او المرضعة بطلت الاجارة ان كانت معينة هذا قيد في المرضعة حيث انه لا يشترط فيها التعيين اما المرتضع فقد علم انه لا يصح الاجارة من دون تعيينه واعلم ان الضمير في كانت يعود الى ما دل عليه السياق وهي منفعة الارضاع ولو كانت مضمونة فالاقرب اخراج اجرة المثل لا لانها قيمة الواجب في الذمة فيخرج من تركتها وجه القرب ان ذلك دين في ذمتها غير مقيد بمحل مخصوص فلا تنفسخ الاجارة بموتها ويجب اجرة المثل من تركتها ولو قيل بوجوب الاستيجار للارضاع المستاجر عليه من تركتها كان وجها لان الواجب في الذمة هو الارضاع ولم يتعذر والا انفسخت الاجارة ويحتمل انفساخ الاجارة كما اختاره ابن ادريس فانه حكم بالبطلان بموت المرتضع والمرضعة والاب المستاجر مع انه اختار في موضع اخر من كتابه ان موت المستاجر لا يبطل الاجارة ولعل مراده بالبطلان بموت المرضعة ما اذا كانت معينة وما قدمه المص هو الاصح قوله ويكفي في العمل مسماه اي لغة او عرفا او شرعا والمراد انه اقل مراتب ما يصدق عليه الاسم كافية في البراءة قوله ولو اختلف فالاقرب اشتراط الجودة وعدمها وجه القرب اختلاف الاغراض باختلاف العمل وكذا الاجر اختلافا ظاهرا فيكون ترك الاشتراط مفضيا الى الجهالة والغرر ويحتمل العدم وينزل الاطلاق على ما يقع عليه الاسم والاقرب اقرب قوله ولو مرض الاجير فان كانت مضمونة لم تبطل الذمة بالاستيجار للعمل وان كانت معينة بطلت ان لم تبطل اذا تعين زمان الاجارة واستوعبه المرض والا فان لم يتعين الزمان تخير المستاجر بالتاخير وان تعين ومرض البعض بطلت فيه وتخير في الباقي قوله ولو اختلف العمل باختلاف الاعيان فالاقرب انه كالمعينة مثل النسخ لاختلاف الاغراض باختلاف الاعيان اي لو اختلف العمل اختلافا بينا باختلاف الاعيان وقد عين بالوصف فالاقرب عند المص ان الحكم فيه كالمعينة ووجه القرب عدم حصول المستاجر الامن الناسخ المعين فيبطل الاجارة بموته ويحتمل العدم لان العمل الموصوف في الذمة واعلم ان هذه العبارة مستقيمة وذلك لان الذي يمكن تنزيل العبارة عليه هو انه اذا استاجره للكتابة الموصوفة باوصاف لا تنطبق الا على كتابة كاتب مخصوص فانها كالمعينة به لعدم انطباق الوصف الا عليه فاذا مات بطلت ويحتمل العدم لانها في الذمة فهي امر كلي في الواقع وان لم يكن له الا فرد واحد فلا ينفسخ بالموت لان الكلي في الذمة فيتخير المستاجر بين الفسخ والصبر الى ان يوجد كاتب بذلك الوصف والاول اقوى لان الكاتب وان لم يتعين بتسميته الا ان اوصاف الكتابة مثلا اقتضت تشخيصها اذا علم انحصار الوصف في عمل ذلك الكاتب فان ظاهر الحال والمتعارف ارادته بالاطلاق اذ يبعد ان يستاجر لكتابة يتوقع لها حدوث كاتب على مرور الازمان وتراخي الاوقات وهذا الحكم حسن الا ان تنزيل العبارة عليه لا يخلو من شي لان قوله لو اختلف العمل باختلاف الاعيان بمجرده لا يقتضي انحصار العمل الموصوف في فرد مخصوص وكذا دليله وهو قوله لاختلاف الاغراض باختلاف الاعيان لا يرتبط بالمدعى فان ذلك لا ينتج كون هذا كالمعينة ينفسخ بموت الكاتب الموجود بالاوصاف كما هو معلوم

مسئلة اذا استاجر امراة ترضع ولده فمات واحد من الثلثة بطلت الاجارة وقال الشيخ ان ماتت المراة بطلت الاجارة وان مات الاب لا تبطل وان مات الصبي فعندي ان الاجارة تبطل بالموت ويحتمل عدم الاجارة الى ورثة ويساوي في هذا الموضع

وكذا لو مات متن

غيره

ويجوز الاستيجار لحفر الآبار والأنهار والعيون فيفتقر الى ... مس

ولكن ان العبارة عن جنسه ولا يتادى المطلوب منها الا بتكلف التكلف قوله فيفتقر الى معرفة الارض بالمشاهدة في المراد مشاهدة ظاهرها والباطن تابع له لعدم امكان الاطلاع عليه بالمشاهدة قوله وان تقدر العمل بالمدة اي تفتقر الى ذلك ويكتفي به مع المشاهدة ولو قدر بتعيين المحفور لم يكف ذلك بل يجب في البئر معرفة القدر والعمق وفي النهر طوله وعرضه وعمقه وقد اشار اليه بقوله ولو قدر بتعيين المحفور قوله ويجب نقل التراب عن المحفور اي المحفور من البئر والنهر لانه لا يمكن الحفر الا بذلك فقد تضمن العقد ثم ان نقله الى اي موضع يكون لم يتعرض اليه المصنف ولا وجدت به تصريحا ولعلهم اعتمدوا على رد ذلك الى العرف وهو واضح وهل يكفي القاؤه على حافة البئر او النهر ام يجب ابعاده فيه احتمال قوله ولو تهور تراب من جانبيها لم يجب ازالته اي لو انهار تراب من الجانب لم يجب على الحافر نقله بل يجب ذلك على صاحب البئر او النهر لانه سقط من ملكه ولم يتضمن عقد الاجارة اخراجه فلو امتنع المالك من اخراجه كان التقصير من قبله كما لو لم يفتح باب الدار لبناء جدار فيها قوله ولو حصل الصخرة لم يلزمه حفرها ومثل الصخرة الشجرة والارض الصلبة زيادة على المشاهد من الارض لمخالفة ذلك لما شاهده وانما اعتبرت مشاهدة الارض لاختلافها فاذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار في الفسخ وينبغي ان يكون هذا اذا لم يقطع عادة باشتمال تلك الارض على صخرة لاطراد ذلك في جميعها فانه يجب حفرها ولا يجوز الفسخ ومتى فسخ كان له من الاجرة بنسبة ما عمل اي بمثل نسبة اجرة ما عمل الى اجرة المثل لان التقسيط انما يكون باعتبار قيمة المنافع اجرة امثالها فينظر اجرة مثل المجموع وما عمل وينسب الثاني الى الاول وبنسبته منه يوخذ لما عمل من المسمى والى ذلك اشار بقوله وله من الاجرة بنسبة ما عمل وفي العبارة حذف معلوم قوله وروي تقسيط اجرة عشرة اذرع على خمسة وخمسين ذراعا فما اصاب واحدا فهو للاولى و الاثنين للثانية وهكذا هذه رواية ابي شعيب المحاملي عن الرفاعي عن ابي عبد الله عليه السلام وافتى الشيخ في المبسوط وابن ادريس بتقسيط المسمى على اجرة المثل وهو الاصح وتحمل الرواية على ما اذا تناسبت القامات بعضها الى بعض على هذه النسبة بحيث يكون نسبة الاولى الى الثانية انها بقدر نصفها في المشقة والى الثالثة انها بقدر ثلثها والى الرابعة بقدر ربعها وعلى هذا مع انها واقعة خاصة فلا عموم لها وانما قسط ذلك على خمسة وخمسين نظرا الى ان التناسب على الوجه الذي ذكرناه يقتضي جمع الاعداد الواقعة في العشرة فما بلغت يقسط عليه الاجرة ولا ريب ان الاعداد في العشرة اذا جمعت بلغت ذلك وطريق ضابط ذلك ان تضرب عدد القامات في نفسه فما بلغت زدت عليه جذره وتنصفه ففي المسألة مضروب العشرة في نفسها مائة وجذر ذلك عشرة اذا نصفتهما كان خمسة وخمسين وذلك مجموع الاعداد التي تضمنها العشرة قوله فان عمل به احتمل تعديته فيقسم الخمسة على خمسة عشر اي فان عمل بهذا الحكم في المحل المخصوص احتمل تعديته الى غيره نظرا الى المشاركة في العلة والعدم اقتصارا على مورد النص وعلى ما اخترناه من اعتبار التناسب لا شبهة في التعدية مع وجود التناسب فاذا استاجره لحفر خمسة قامات نحو البعض لم يجز قسطت الاجرة على خمسة عشر لان مضروب الخمسة في نفسها خمسة وعشرون فاذا زدت عليها الخمسة وهي الجذر كان نصفها خمسة عشر واعلم ان في بعض النسخ احتمل تعديته قوله ولو استاجره لضرب اللبن فان قدره بالعمل احتيج الى عدده وموضع ضربه وذكر قالبه فان قدره بقالب معروف والا احتيج الى تقدير الطول والعرض والسمك ولا يكفي الحوالة على قالب مشاهد غير معروف بخوف التعذر في ضرب

هذه

القيمة ظ

جذر العدد عددا اذا ضرب في نفسه حصل ذلك العدد مثلا جذر المائة عشرة لانها اذا ضرب في نفسها حصل مائة

تعيين

اللبن بالزمان فيجب تعيين موضع الضرب وفي الموضع الذي يضرب منه اشكال نشأ من وجود كثرة الاختلاف وعدمه وفي التحرير
ذكر اشكالا في موضع الضرب والظاهر ان مراده به المعنى الثاني والظاهر وجوب تعيينه كالارض المحفورة واما تكون
ذلك بالمشاهدة لعدم انضباط ذلك بالصفة وقد صرح المص بذلك في التذكرة في مسئلة حفر النهر والبئر ونحوهما ولا يجب شيء
سوى ذلك وعبارة التحرير لا تخلو من مؤاخذة حيث قال ولو قدره بالزمان لم يفتقر الى ذكر شيء سوى تعيين موضع الضرب على
اشكال فانه باعتبار تفاوت الاماكن في القرب والبعد وموافقة الغرض ومباينته والاحتياج الى كلفة للنقل وعدمه يتحقق الغرر
بالاخلال بالتعيين وان قدره بالعمل فلا بد من العدد وتعيين موضع الضرب وذكر القالب فان قدر بقالب معروف فلا بحث والا موروف
احتيج الى تقدير الابعاد الثلثة والسمك بفتح اوله ارتفاع الجسم ولا يكفي الحوالة على قالب مشاهد غير معروف باحد الطرفين
لامكان تلفه فيتعذر معرفة القدر وينبغي ان يعين الموضع الذي يضرب منه وذلك بالمشاهدة كما سبق قوله ولو قدر البناء بالعمل وجب
ذكر موضعه وطوله وعرضه وسمكه وآلة البناء من لبن وطين او حجر وجص قوله ولو قدره بالزمان فظاهر عبارته ان تعيين ما ذكر
مختص بالتقدير بالعمل ويحتمل وجوب تعيين المحل والآلة للاختلاف قوله فان سقط بعد البناء استحق الاجرة لانه لكن لقصور
في العمل لو بناه محلولا [illegible] في الحل والمراد بالمحلول الذي لا يكون اجزاء الجارة فيه متداخلة قوله ولو شرط ارتفاع
الحائط عشرة اذرع فسقط ابتنها لرداءة العمل وجب عليه الاعادة ويجب ايضا تنظيف الموضع وتهيئته للبناء لان شغله بتلك الآلات بنيانا يهي تهيئة
بفعله على وجه غير مأذون فيه قوله ولو استأجره لتطيين السطح او الحائط جاز وان قدره بالعمل لان ذلك مضبوط عرفا ما له
ولا اثر لرقة الطين وغلظه اذا لم يخرج عن العادة ومنع في التذكرة من تقديره بالعمل لاختلاف الطين بالرقة والثخن وارض
السطح تختلف فبعضها عال وبعضها نازل وكذا الحيطان وهو ضعيف لعدم التفاوت المقتضي للغرر ثم لا بد من تعيين المحل
والا لم قوله ويتقدر النسخ بالمدة والعمل فيفتقر الثاني الى عدد الورق والسطور والحواشي ودقة القلم فان عرف [illegible] وصف
الخط والا وجب المشاهدة ثم تعرض لذكر تعيين النسخ بالزمان وما يشترط فيه وظاهره ان تعيينه بالزمان كاف في زوال الغرر
للتفاوت البين في ذلك فيمكن ان يقال يجب التعرض لوصف الخط وعدد السطور والحواشي ونحوها فان عرف وصف الخط الى آخره
اي والتعيين بالزمان [illegible]
معناه انه بعد اشتراط ما ذكره ان كان وصف الخط معروفا وضبط بالوصف ممكنا كفى وصفه والا وجبت المشاهدة لتندفع الغرر
وجزاء الشرط في قوله فان عرف محذوف تقديره كفى وصفه ونحوه قوله ويجوز تقدير الاجرة باجزاء الفرع او الاصل والمقابلة طعم
على الاصل كل من الطرق الثلث يحصل العلم بالاجرة فيكفي التقدير به وعلى التقدير بالاجزاء هل يشترط العلم بها حين العقد ام يكفي
اي الاجزاء
العلم بها بعده فيه ما سبق في البيع من جواز بيعه استحقاقه من التركة وهو محصور الا انه غير معلوم القدر عند البيع وقد سبق
ترجيح عدم الصحة فيجي هنا مثله للغرر قوله ويعفى عن الخطأ اليسير للعادة لا الكثير والمرجع في اليسير والكثير الى العادة
قوله وليس له محادثة غيره وقت النسخ لان ذلك يوجب غلطه ولو كان من عادته عدم الغلط بسببها لم يجز ايضا لان المحادثة
[illegible]
معرضة للغلط وكذا ليس له التشاغل بما يشغل سره ويوجب غلطه ولا العكس محادثة وشغل سره وكذلك الاعمال التي تفتقر
الى حضور القلب فيها ذكره في التذكرة قوله ويجوز على نسخ المصحف في قول اكثر العلماء حكاه في التذكرة وكذا كتب الحديث

والاخبار

والاخبار الصادقة والشعر الحق دون الكاذب ولا باس بالامثال والحكايات وما وضع على ألسن الحيوانات صرح به في التذكرة قال
فيها ويستحب الاستيجار في كتب العلوم من الاحاديث والفقه وتفسير القرآن العزيز وغير ذلك من العلوم الدينية وعلى
تعليم القرآن الامع الوجوب اي يجوز الاستيجار على تعليم القرآن لكن مع الكراهة اذا اشرط الاجر فلو علم ودفع اليه اجرا لم
يكره قوله لما دل عليه رواية جراح المدائني عن الصادق ع وهذا التعليم فان وجب ايجار اخذ الاجر سواء كان الى
عينا او كفاية كما في القرآن قوله فيقدره بالعمل فتعدد السور اي يقدر الاستيجار مقدرا بالعمل فلابد من تعداد السور
وينبغي ان يراد من تعدادها تعيينها فان التعيين لابد منه كما صرح به في التذكرة لامتناع الصحة مع الغرر ولا معنى
للتعداد مع التعيين قوله او بالزمان على اشكال ينشأ من تفاوت السور في سهولة الحفظ وعدمها انطلاق التعيين في العبارة
احدامرين الزمان او العمل فايهما تحقق التعيين به كفى وهذا قوي لان التفاوت لا يضر لحصول التعيين المعتبر وقد
سبق في كلامه قريبا الجزم بالاكتفاء في التعيين بتقدير المدة وبه صرح في التذكرة قوله ولو قال عشر آيات ولم يعين السورة
لم يصح ويكفي اطلاق الآيات منها المراد انه يكفي في التعيين احدامرين اما تعيين الآيات او تعيين السورة التي منها الا
وان لم يعين السورة فلو لم يعين واحدا منهما لم يصح للجهالة بخلاف ما اذا عين الآيات او عين السورة وان اطلق التقارب
آيات السورة الواحدة وفيه نظر فان التفاوت بينهما في الطول والقصر والسهولة والصعوبة حاصل فيتحقق
الغرر وكيف يتقارب الامر في قوله تعالى والحكم الواحد الآية وآية الدين مثلا وقد ذهب المص في التذكرة الى اشتراط
تعيين الآيات ايضا مع السورة وهو الاصح وهل يشترط تعيين القراءة قريب به ويحتمله الاستقلال قال في التذكرة
الاولى وجوب تعيين قراءة احد السبعة وما ذكره محتمل ويحتمل العدم فيجب تعليم الجائز لان الامر في القراءة قريب
قوله وحده الاستقلال بالتلاوة ولا يكفي تتبع نطقه لعدم صدق اسم التعليم من دون الاستقلال بها قال في التذكرة ولو
كان المستاجر على تعليمه يتعلم الشيء بعد الشيء ثم ينساه فالاقرب الاعتبار بالعادة وان كان نسي في العادة تعليما لم يجب
على الموجر اعادة التعليم ثم حكى عن بعض الاصحاب انه ان تعلم آية ثم نسيها لا يجب اعادة التعليم وان كان دون آية
وجب ونفى عنه الباس واستشكل في القواعد هنا وفي النكاح حيث قال لو استقل بتلاوة الآية ثم لقنه غيرها فنسي
الاولى ففي وجوب اعادة التعليم نظر وليس ببعيد الرجوع الى العادة بل ان اقتضت العادة صدق اسم التعليم الذي
للقراءة في المصحف كفى وان لم يتحقق في العادة شيء بخصوصه فالتعيين طريق الى البراءة ولا ريب ان وجوب اعادة
التعليم اذا نسي الاولى بتلقين الثانية اولى اذ يبعد وقوع اسم التعليم على ذلك قوله ويجوز جعله صداقا للرواية عن النبي
ص في التي عرضت نفسها عليه وهذا استطراد قوله فلو استفادة من غيره كان لها اجر التعليم لتعذر وصول التعليم اليها
فيعدل الى قيمته لانها اقرب شيء اليه قوله ويجوز الاستيجار على تعليم الخط والحساب والآداب لان ذلك من الامور المقصودة
المتقومة المحللة قوله وهل يجوز على تعليم الفقه الوجه المنع مع الوجوب والجواز لامعه لا ريب ان الفقه قد يراد به المسائل

جوب اذا لم يجب م
قح لا يجوز تعليم الكافر القرآن الا اذا رجي اسلامه صرح به في كرم

علام

المدونة في الكتب وقد يراد به الملكة التي يكون بها تهيأ لتحصيل جميع المسائل بالقوة القريبة من الفعل وقد يراد به التصديقات
وعلى كل حال فتعليم الفقه ان كان واجبا على المعلم الى المتعلم عينا او كفاية لم يجز اخذ الاجرة عليه لان المعلم ماخوذ بالتعليم
ومؤدّى به واجبا اعم من الوجوب العيني كاحكام الصلوة بالنسبة الى المكلف بفعلها او الكفائي كجميع الفقه فيمن كان في
القطر من هو قائم بالواجب الكفائي جاز اخذ الاجر وذهب الشارح الفاضل الى ان الوجوب ان كان عينيا امتنع
اخذ الاجر على الواجب تعليما كان او غيره وان كان كفائيا واريد الفعل على وجه القربة لم يجز اخذ الاجر على ذلك الفعل كصلوة
الجنازة وان كان كفائيا ولم يرد على وجه القربة جاز اخذ الاجرة عليه الا ما نص الشارع على تحريمه كاجرة الدفن وفيه نظر
فان الوجوب مطلقا مانع من جواز اخذ الاجرة كما سبق في كتاب البيع وهو صريح كلام الاصحاب وما ذكره من جواز
اذا لم يكن الواجب مشروطا بالنية مخالف لما عليه الاصحاب ومع ذلك فان المانع ليس هو اعتبار النية بل هو تحقق الوجوب
بدون الاجارة وعلى هذا كلما كان من الواجبات الكفائية انما يجوز الاستيجار عليه عند عدم وجوبه بحال فان وجب لم
يجز كائنا ما كان لكن قد جوز الاصحاب الاستيجار للجهاد مع عدم تعيين المؤجر والمستأجر وذلك يشمل ما اذا وجب
كفاية ويمكن حمله على ما اذا علم او ظن قيام من فيه كفاية او كان المؤجر ممن لا يجب عليه اصلا قوله وعلى الختان والمداواة
وقطع السلعة والحجامة على كراهة اجرته مع الشرط ينبغي ان يراد بذلك كله ما اذا لم يجب شيء منها ولو كفاية وذلك
حيث لا يجب على الاجير فعل الختان فان وجب لم يجز اخذ الاجر ولا يخفى ان كراهة اجر الحجامة انما هي مع الشرط
قوله وعلى الكحل فيقدر بالمدة خاصة اي يجوز الاستيجار على الكحل وهو واضح لانه عمل مقصود متقوم محلل ولا يقدر
الا بالمدة خاصة اي دون العمل لعدم انضباطه ولا يبعد جواز التقدير بالعمل ايضا لامكان ضبط النوبات وقد نبه
عليه شيخنا الشهيد في بعض الحواشي قوله ويفتقر الى تعيين المدة في اليوم او المرتين وكذا ما فوق ذلك اذا كان
اليوم بحيث يسعها قطعا والا افتقر الى ذلك لانه من المعلوم انه لا يستوعب اجزاء اليوم بالكحل فلابد من التعيين
نعم لو كان هناك عادة مضبوطة تنزل الاطلاق عليها قوله والكحل على المريض اي مع الاطلاق لان الاجارة انما تكون على
العمل قوله ويجوز اشتراطه على الاجير لعدم منافاة الشرط لعقد الاجارة ولا مخالفته للكتاب ولا السنة ويكون استحقاق ق
العين بالشرط على جهة التبعية كاشتراط سكنى الدار مدة معينة في البيع قوله والاقرب جواز اشتراط الآجر على البناء
وجه القرب انه شرط سائغ فيكون داخلا تحت عموم قوله عم المؤمنون عند شروطهم ويحتمل عدم الجواز لان الاجارة
انما ترد على المنافع دون الاعيان وجوابه ان اصل الاجارة ذلك كما ان اصل البيع ان يرد على الاعيان دون المنافع
لكن قد تثبت خلاف ذلك تبعا كشرط السكنى والرهن والضمين قوله والاصح الجواز قوله ولو لم يحصل البرء في المدة استقر
الاجر لانه في مقابلة العمل لا في مقابلة البرء قوله ولو برأ في الاثناء انفسخ العقد في الباقي لتعذر المعقود عليه قد
يقال انه اذا تعينت المدة القرآن المعين تعلمه صدقا منع الدفع استحقت اجرة المثل وهنا ينفسخ العقد في الباقي

ويمتنع اخذ الاجر عليه كسائر الواجبات العينية والكفائية والاجارة والمراد بكونه واجبا

مع انه في الموضعين قد تعذر المعقود عليه تماما ان ينفسخ فيهما او يجب اجرة المثل فيهما وجوابه ان الانفساخ هنا
لا يستدعي الا بطلان المعاوضة بخلافه هناك فانه يستلزم وجوب مهر المثل لامتناع خلو الوطي المحترم عن مهر ولا
يساويه مهر المثل ابعد من اجرة المثل عن المسمى ولا ريب انه المصير اليه الاقرب مع تعذر المعقود عليه اولى قوله ولو
جعله على البرء صح جعالة لا اجارة اما عدم صحته اجارة فان ذلك ليس من مقدور المكلف وانما هو من فعل الله تعالى
واما صحته جعالة فلانه متسبب لحصوله كاف في استحقاق الجعل اذا حصل وان كان من فعل الله تعالى ولو برأ بغير
عمله او تعذر لا من جهة الموجر استحق اجر مثله كما لو فعل الجعالة ثم فسخ العقد وصرح بذلك في التذكرة قوله ولو شرط
الدواء على الطبيب فالاقرب الجواز وجه القرب ما سبق بيانه في شرط الاجر على البناء والاصح هنا مثل ما هناك والفرق
بينه وبين الكحل جريان العادة بكونه من الكحال كذا قيل وفيه نظر لانه لو سلم ذلك لورد عليه ان الاجارة انما ترد على المنافع دون
الاعيان فيفتقر الى الجواب قوله ولو قدر الرعي بالعمل افتقر الى تعيين الماشية فيبطل بموتها ويحتمل عدمه لانها ليست المعقود
عليها وانما يستوفى المنفعة بها هذا مختار المص قال في التذكرة ان الرعي لا يمكن تقديره بالعمل بل انما يتقدر بالزمان لان العمل لا
ينحصر والذي ذكره هنا مخالف لما في التذكرة وظاهر كلام المبسوط موافق لما هنا ومثله كلام التحرير وتحقيق الحال انه اذا
استأجر للرعي جاز ثم اما ان يقدر بالعمل او بالزمان فان قدر بالعمل بان يكون المرعي معلوم القدر فيستأجر لرعيه فهل
يفتقر الى تعيين الماشية مختار المص انه يفتقر لاختلاف العمل باختلافها في الصعوبة والسهولة وطول الزمان وقصره و
عدمه اذ يعين الجنس والقدر لزوال الجهالة بذلك فاذا عينها بطلت الاجارة بموتها قطعا وان قلنا بعدم اشتراط التعيين
واقتصر على الجنس والقدر لم تبطل بموت ما استرعاه اياها لانها ليست المعقود عليها وانما هي كالآلة في الاستيفاء والحكم
انه عبارة المص لا تخلو من مؤاخذة لان قوله ويحتمل عدمه ان اراد به عدم الافتقار الى تعيين الماشية وهو الظاهر لم
يرتبط به قوله لانها ليست المعقود عليها فان ذلك لا يكون دليل عدم الافتقار الى التعيين كما هو ظاهر وان
اراد به عدم البطلان بموتها ففساده ظاهر لانه على تقدير وقوع التعيين تبطل الاجارة بموت ذلك المعين
قطعا وان لم يكن التعيين شرطا وفساد المصدر انتقد والتقدير ويحتمل عدم الافتقار الى التعيين واذا لم
يعين لم تبطل الاجارة بموتها لانها ليست المعقود عليها وهذا وان كان صحيحا الا انه ينبو عنه السياق ما لا يخفى
وقد اضطرب كلام الشارح هنا حيث جعل الاحتمال قول الشيخ في المبسوط حيث جعل الاستيجار لرعي الغنم من
غير تعيين للغنم ولا للقدر وليس بشيء لان الشيخ جوز هذا اذا كان الاستيجار مدة معلومة لا مقدرا بالعمل
اذا تقرر هذا فاعلم ان الذي يقتضيه النظر انه ان قدر الرعي بالعمل وبالمدة وعين جنس الماشية وقدرها
كفى ذلك في صحة الاجارة ولا حاجة الى تعيين شخصها لان الغرض يندفع بما ذكرناه فان عين بطلت الا
بموتها والا لم تبطل فان تلف بعضها بطلت فيه [illegible] على تقدير التعيين لكن يتخير الاجير في الفسخ لتبعض الصفقة

عن ر

افتقر ر

تعين ر

فان استوعب عدم الاكتحال الى ... الاجير اجرة بعض المدة من

فرع قال في التذكرة لو استاجر فسطاطا الى مكة ولم يعين وقت الخروج بطلت الاجارة وكذا لو استاجر مدة ولم يعين ابتداءها م

ويحتمل تخيير المستأجر ايضا لتبعض الصفقة على كل منهما ولو مات المستأجر لم يجب عليه رعيها لان العقد لم يتناولها

وهذا ثنائي ولو قدّره بالمدة افتقر الى ذكر الحيوان لا اشكال ان تقدير الرعي بالمدة جائز فلا حاجة الى تعيين

العمل حينئذ لكن يشترط ذكر الحيوان اي تعيين الجنس الذي يريد رعيه من ابل وبقر وغنم ونحو ذلك لان لكل نوع

اثرا في تعب الراعي ويشترط ايضا ان يذكر العدد للتفاوت البين باختلافه وكذا الصغر والكبر فانه

فانه جوز الاستيجار لرعي جنس من الحيوان مدة يشترط على الاجير العدد الذي يرعاه الواحد في تلك المدة في العادة

فاذا كانت العادة مائة مثلا استرعاه مائة وعلى هذا فلا يجب تعيين الصغر والكبر بل يعول على العادة والاصح

اشتراط التعيين لان العادة تختلف وتتباين كثيرا والعمل يختلف باختلافها واعلم ان قول المصنف اخرا و

يذكر الكبر والصغر والعدد جملة معطوفة على جملة افتقر الى ذكر الحيوان فيه على البيع ولا تدخل الجواميس

ولا البخاتي في اطلاق لفظ البقر والابل لعدم التناول عرفا على اشكال نعم من بين المتعاطفين وتحقيق

البحث انه اذا استاجر لرعي البقر هل يدخل الجواميس وكذا لو استاجره لرعي الابل فهل تدخل البخاتي وهي

الابل الخراسانية فيه اشكال ينشأ من التردد في استقرار العرف على عدم التناول وعدمه فيكون هذا تقدير عبارة

المصنف لا تدخل هذه لعدم تناول اللفظ لها عرفا على اشكال في عدم التناول ويمكن ان يكون التقدير في عدم

الدخول ويكون فيه لعدم التناول عرفا على اشكال في عدم التناول على الظاهر لكن يرد عليه ان الحقيقة اللغوية

مقدمة على العرفية ربما يوجه بانه يكون للاشكال وجه ان يريد بعدم التناول لغة ما يكون ذلك هو الغالب

ولم يبلغ حد الحقيقة فان في ترجيح المجاز اللغوي الغالب والحقيقة اللغوية المغلوبة والتردد بينهما كلاما للاصوليين

وقد ذكر الشارح الفاضل في حل الاشكال انما لا يخلو من شيء عند الملاحظة والتحقيق ان يقال ان العرف جار على

عدم دخول الجواميس في البقر عند الاطلاق فان المتبادر الى الفهم عند الاطلاق انما هو ما عدا الجواميس اما الابل فان

تناولها البخاتي امر لا يكاد يدفع وقد اعترف به في التذكرة فعلى هذا الاصح دخول البخاتي في لفظ الابل دون الجواميس

في لفظ البقر ويجوز الاستيجار للنزع بحصاده وسقيه وحفظه ودياسه ونقله لان جميع ذلك عمل مقصود

متقوم محلل ويصح والمراد بالاستيجار للزرع كونه مدة معلومة ولزرع قدر معين فيتعين تارة بالزمان وتارة

بالعمل فاذا عين بالعمل فلا بد مع بيان القدر من بيان ما يزرع من حنطة او شعير ونحوهما للتفاوت في ذلك تفاوتا

كثيرا وان عين بالزمان فالظاهر انه لا بد من تعيين الجنس وكذا الاستيجار للحصاد ان عين بالعمل فلا بد من مشاهدة

الزرع او وصفه وصفا يرفع الجهالة وان عين بالمدة فلا بد من تعيين جنس الزرع ونوعه ومحله فانه يتفاوت

بالطول والقصر والثخانة وعدمها ويتفاوت بذلك التعب والامام صرح به في التذكرة وفي الحفظ والدياس

والنقل ان عين بالعمل فلا بد من الضبط بالمشاهدة او الوصف الرافع للجهالة مع ذكر القدر وان عين بالزمان يجمع

الذي

الى ذكر القدر بل يجب تعيين الجنس ان تفاوت التعب باختلافه وفي النقل لابد من تعيين ما ينقل وفي المحل المنقول
عنه والمنقول اليه او وصف ذلك وصفا يرفع الجهالة وعلى البيتوتة القصاص فلا تنبو ولا تصح. وكذا في
الحدود والتعزيرات والاجرة على المقتضي منه لانه لا يجب لانها حق يجب على من عليه الحق ملخصا من التذكرة وقوا
في التحرير واذا عرفت فتقدير ذلك يكون بالعمل فيتعين المحل بالمدة اذ لا يمكن كثرا حيث ينضبط بالمدة على المدة الا بالبذر
بالدال المعجمة الجناية ووجهه انه عمل مقصود محلل ويتقدر بالمدة والعمل كما صرح به في التذكرة. ولا مانع من
تعيينهما بالزمان فما ذكره هنا ضعيف وعلى الكيل والوزن والعد وتتعين بالعمل والمدة وفي بعض النسخ العد
بدال العين مشددة وهو اولى لان المطلوب المصدر لا الاسم وكذا يجوز على النقد بالعمل او المدة لكن في العمل
يجب تعيين النقد والموضع وذكر الجنس وقيل لا يجب ذكر النقد ويجب ذكر ما يرفع الجهالة من الوصف
والجنس وعلى ملازمة الغريم فيتعين بالمدة اى دون العمل لعدم قبوله التعيين ولا استاجره لاستيفاء دينه
لم يعين مدة وان اختلف زمان الاستيفاء بالطول والقصر باختلاف حال الغريم فانه يجوز الاستيجار على المحاكمة
واقامة البينات واثبات الحجج والمنازعة وذلك غالبا لا يتقدر بالزمان وربما لم يمكن تقديره بالزمان فيتعين العمل
وعلى الدلالة على بيع ثياب معينة وشراءها ولو لم تكن الثياب معينة لم يجز للجهالة الا ان يستاجره مدة معلومة
فيصح وعلى السمسرة السمسار بكسر السين المهملة المتوسط بين البايع والمشتري والجمع سماسرة والمصدر
السمسرة ذكره في القاموس وعلى الاستخدام سواء كان الخادم رجلا او امراة حرا او عبدا لكن يحرم عليه النظر
الى الامة من دون اذنه والى الحرة مطلقا ويحرم عليه الخلوة بالاجنبية لئلا تعرضه التهمة ذكره في التذكرة وينبغي
ان يكون ذلك حيث لا يتمكن من عقد النكاح عليها او لا يريد وظاهر انما يحرم من الحرة والامة قبل الاجارة
تحريما باقيا بعدها ويجوز النظر الى الامة اذا اذن المولى والى الحرة بالعقد ولا وقف وجواز الاجارة بين
كون المرأة حسناء او قبيحة المنظر عجوزا او شابة وفي الاكتفاء بوصفه في الضخامة والنحافة ليعرف الوزن تخمينا
نظر لا يخفى ان كلا من مشاهدة الراكب ووزنه مع ذكر ما هو من الطول والقصر والضخامة والنحافة والسرعة
الحركة وبطئها وخفتها وثقلها وغير ذلك مما له دخل في ثقل الدابة طريق الى معرفة المعتبر في الاستيجار لركوبه
وهل يكون وصفه الموجب لمعرفة وزنه تخمينا طريقا الى ذلك نظر ينشأ من التردد في افادة الوصف ما تفيده
المشاهدة وعدمه والاصح ان الوصف التام كاف ويذكر الوجه على ما شاء من سرج وكاف وزاملة وغير ذلك مما يليق
بالدابة من الاكاف الحمار كغراب وكتاب وكانه بردعته قال في القاموس والزاملة هو الذي يحمل عليه من الابل
وغيرها والزميل العديل والزمل بالكسر الحمل وما في جوف رحله لانه لا يكون نصف الجوالق ذكر ذلك في القاموس
ولعل المراد بالزاملة هنا نوع من المحمل او مما يوطأ به على الدابة ويعود على ما يليق بالدابة منزلة على ما ذكر ما يرو

والطلق المصري اعتبار الكثرة ... وعلى الدلالة على الطريق وعلى البذر ولا يجب تعيينها بالعمل ولا يكفي المدة م

الاغراء على ...

الثاني الدواب فاذا استاجر للركوب وجب معرفة الراكب بالمشاهدة او بالوصف ... م ش

بشا بعينه لوجوب اتباع الشرط ولا ينظر الى حال الراكب وما يليق به بل الى ما يليق بالدابة فالسرج للفرس والاكاف للبغل والحمار ولو صلحت الدابة للامرين من سرج وغيره عمل بالعادة ولا ينظر الى حال الراكب وما يليق به لم يجب التعيين كما
يحمل ولو اقتضت العادة شيئا حمل عليه فان كان يركب على رحل للمستاجر وجب تعيينه الرحل كمثال المركب للبعير
وهو ما يركب عليه وطا ما يستعمله من الاثاث ذكره في القاموس ولا بد ان المستاجر اذا كان يركب على رحل لم يات
معنى قدرته فلا بد من تعيينه لان اطلاق الاجارة لا يقتضيه فينزل عليه ويجب ان يشاهد الموجر الالات
يمكن ان يراد به الالات التي للمستاجر ويريد الركوب فيها يجب ان يشاهدها الموجر ليندفع الغرر وهو
المطابق لما في التذكرة والمناسب للمقام لان رحل المستاجر اذا اراد الركوب عليه يجب مشاهدة الموجر ليصح
الاجارة فلو لم يجعل هذا بيانا للحكم بقي بغير بيان ولو كان هناك معهود مطرد لا يختلف الا قليلا كفى الاطلاق
ونزل على المعهود فان شرط المحمل وجب تعيينه بالمشاهدة او الوزن وذكر الطول والعرض المحمل كمجلس شقان
على البعير يحمل فيهما العديلان قاله في القاموس ولا ريب انه اذا اشترط المحمل وجب تعيينه حسما لمادة الغرر
ويتعين بالمشاهدة ويذكر الوزن مع الطول والعرض لان معظم الاختلاف ناش عن ذلك والغطاء
وجنسه ان شرطه اي ويجب تعيين الغطاء فوق المحمل وذكر جنسه لان الحال يختلف فلا بد من التعيين بالمشاهدة
او الوصف وتكفي ذكر الجنس عن ذكر الوزن والطول والعرض نظرا الى المعهود المتعارف والوطاء
وجنسه اوشده عطف على الغطاء وما بينهما اعتراض اي ويجب تعيين الوطاء بكسر اوله وهو الذي يفرش في
المحمل ليجلس عليه بالرؤية او الوصف وذكر شده للسلامة من الغرر ووصف المعاليق ان شرط بما يرفع الجهالة
والوزن او المشاهدة المعاليق ما يعلق من السطيحة والسفرة والاداوة والقدر والقمقمة فاذا شرط
حملها وجب تعيينها اما بالمشاهدة او بالوصف الرافع للجهالة في الكبر والصغر ونحوهما مع ذكر الوزن للتفاوت
باختلاف ذلك وان لم يشرط حملها لم الا ان تقتضيها العادة ولا بد من تعيين الراكبين في المحمل للاختلاف
وقد سبق اشتراط تعيين الراكب مطلقا وهو مغن عن هذا ولا بد من مشاهدة الدابة المركوبة او وصفها
بذكر جنسها كالابل ونوعها كالبخاتي والعراب والذكورة والانوثة وان كان في النوع ما يختلف وجب وصفه
ايضا فان في الخيل القطوف وغيره ولا بد من ذكر الذكورة والانوثة فان الانثى اسهل والذكر اقوى وقيل
بعدم لان التفاوت بينهما يسير لا يمكن ضبطه فلم يكن معتبرا في نظر الشرع وان كانت الاجارة للركوب في الذمة
عن معين بعين شخصه فلا بد من ذكر الجنس والنوع والوصف الذي يختلف العادة في السير والركوب به
فان لم يكن السير الحاصل يذكر اذ لا فائدة في ذكره ولو ذكر فرعا لم يطابق بخلاف ما اذا كان السير باختيارهما
فليبينا قدر السير كل يوم ولقائل ان يقول ان كان بيان السير له دخل في صحة الاجارة وبدونه يتحقق الغرر

فلا يكره وقال بعضهم الزاملة تمحى باليد لسوف فوتها ونقلها بخلاف الراكب فانه لا تمحى بغير المشاهدة ٥

[illegible]

يجب ٥

القطوف هو الذي لا يعاور رجله موضع يده ٥٥

لا يبيع الاجارة

لا تصح الاجارة اذا لم يكن السير اليهما لتعذر الشرط ولامتناع تعيينهما الا بعرفان على تفصيله ولا يتفقان على حصوله
ومثله ما اذا استاجر دابة الى مكة فان تعيين دار الملك ليس اليهما لان المذهب منوط بغير المتعاقدين والاطلاق
موجب للغرر فليتامل واعترف في التذكرة بتعذر الاستيجار في الطريق الذي ليس له منازل مضبوطة اذا كان مخوفا
لا يمكن ضبطه وكذا ان كانت المنازل معروفة اي وكذا لا يذكر السير اذا كانت المنازل معروفة لان الاطلاق ينزل
على المتعارف فلا حاجة الى ذكره ولا فرق في ذلك بين كون السير دائما في الليل او دائما في النهار او في الصيف
ليلا وفي الشتاء نهارا او بعرض ذلك اذا انضبطت العادة فاذا اختلفا بان اراد في السير ليلا او نهارا حمل على العرف
وحيث ان اطلاق العقد منزل على العرف فلا بد من الرجوع اليه عند الاختلاف وان لم تكن معروفة وجب
ذكرها لان ذلك مما يتفاوت به الرغبات ويختلف اختلافا كثيرا ويزيد وينقص بحسب الاغراض فمتى اخل
بذكرها ولم تكن عادة معروفة حصل الغرر الموجب للفساد واذا شرط حمل الزاد وجب تقديره وليس له
ابدال ما فني بالاكل المعتاد الا مع الشرط انما لم يكن له ابدال الزاد لان المعتاد عرفا ان الزاد ما يفنى في الطريق
بالاكل ~~المعتاد الا مع الشرط لانه لم يكن له~~ فلا يستحق عليه حمل ما يفنى وجاز اشتراط ذلك مع انه لا يعلم وقت
فنائه تنزيلا على العادة التي لا تختلف غالبا اختلافا يعتد به نعم لو شرط الابدال فلا اشكال في الصحة ووجوب
الوفاء بالشرط ومنه يعلم انه لو اشترط حمل زاد ذا بدل على العادة فليس له حكم الزائد بل له ابدال الزائد نظرا الى
العادة وان ذهب بسرقة او سقوط او باكل غير معتاد فله ابداله وان شرط عدم الابدال مع الاكل اي وان
ذهب الزاد بسرقة او سقوط في الطريق او باكل خارج عن العادة فله ابداله لان عدم الابدال انما يكون اذا فني
بالاكل المعتاد دون غيره من المذكورات ولا فرق في ذلك بين اشتراط عدم الابدال او لا لان المراد باشتراط
عدم الابدال حينئذ انما هو على تقدير الفناء بالاكل المعتاد تنزيلا للاطلاق على العادة المستمرة المضبوطة
ويجب على المؤجر كل ما جرت العادة ان يوطا المركوب به للراكب من الحداجة والقتب والزمام والبرة واللجام
والحزام والبرذعة اي يجب على المؤجر بذل الالات التي جرت العادة ان يوطا المركوب بها لاجل الدابة
من الحداجة وهي محمل النساء والقتب وهو الخشب الذي يحمل فوقه ويجب زمام البعير وليس مما يوطا به كما هو ظاهر
لكنه مذكور لانه من جملة الواجب وكذا يجب السرج اذا كان حال الدابة يقتضيه وكذا اللجام والحزام والبرذعة
اذا اقتضتها الحال واعلم ان الجار في قوله للراكب يتعلق بقوله يجب على المؤجر فلو قدمه لاندفع اللبس
والتعقيد عن العبارة فيكون الاحمال وشدها وحطها اي يجب على المؤجر ذلك لاقتضاء العادة اياه ولانه
من اسباب تهيئة الركوب والتحميل الواجب على المؤجر وهذا اذا لم يشرط ضدها فان شرط اتبع والقائد والسائق
اي يجب على المؤجر السائق للدابة والقائد لها وينبغي ان يكون ذلك اذا اقتضت ذلك العادة احدهما

ما يفنى ر

الزاد ظ

التدريج ويجب للراكب على المؤجر كل ما جرت العادة ان يوطا المركوب به دفع الجهل وعطف ... على الجهل ودفع

ان شرط مصاحبته اي يجب ذلك كله على الموجر ان شرط المستاجر مصاحبته للدابة قوله وان آجر الدابة ليذهب بها
المستاجر فجميع الافعال على الراكب لاقتضاء الشرط ذلك وقد صرح المص بقوله وان آجر ولو اقتضت العادة
شيئا بخصوصه وكانت مضبوطة حمل الاطلاق عليه ولو لم تقتض شيئا ولم يشترطا امرا بخصوصه امكن الفرق بين ما
اذا كانت الاجارة للركوب في الذمة فيجب لانه طريق الى ايصال الحق الواجب وبين ما اذا كانت معينة فيجب التخلية
بين المستاجر وبينها لكن المص في التذكرة اطلق الوجوب فيما اذا كانت الاجارة في الذمة وعدمه اذا كانت معينة ولعله
يريد بذلك ما اذا لم تقتض العادة امرا معينا ولم يشترطا شيئا بخصوصه ومقتضى قول المص وان آجر الدابة
ليذهب بها انه لو آجره اياها واطلق لا يكون الا هكذا وكلام التذكرة اعم من ذلك قوله واجرة الدليل والحافظ
على الراكب اي اجرة الدليل على الطريق على الراكب لانه ليس من مقدمات الركوب فلا يجب على الموجر وكذا
اجرة الحافظ لانه ليس من مقدمات تحصيل المتاع وهذا مع عدم شرط مصاحبة الموجر ام آجره الدابة ليذهب بها
وعلى الموجر ركاب المستاجر اما بنفسه او ببروك الجمل ان كان عاجزا كالمرأة والكبير والا فلا لانه يصعب على
المرأة والعاجز كالشيخ والمريض الركوب بدون ذلك ولا يؤمن على المرأة التكشف ومثل بروك
الجمل تقريب البغل والحمار من نشز ليسهل معه الركوب فان احتاج الى ان يركبه بنفسه فعل ولو كان المستاجر قويا
يتمكن من الركوب لم يجب له ذلك ولا يخفى ان هذا انما هو اذا كانت الاجارة في الذمة او شرط ذلك على الموجر والا
اي اراده ليركبه الى الموضع العالي
لم يجب ومن هذا يعلم ان العبارة غير حسنة اذ كان حقه ان يذكر هذا قبل قوله وان آجر الدابة قوله ولو انتقل
الطرفين تغير الحكم فيهما اي لو انتقل المستاجر من القوة الى العجز او بالعكس تغير الحكم فيهما فحكم القوي اذ لا يجب على
الموجر ابراكه يتغير اذا صار ضعيفا فيجب حينئذ ابراكه والعكس بالعكس ووجهه ان استيفاء منفعة الدابة
بالركوب شرط هو حق واجب في ذمته فيجب ايصاله فلو توقف على امر وجب ذلك الامر لا محالة ومتى لم يتوقف ايصاله
على شيء امتنع وجوب ما لم يتوقف عليه الحق قوله وعلى الموجر ايقاف الجمل للصلاة وقضاء الحاجة دون ما يمكن فعله
عليه كصلاة النافلة والاكل والشرب ولا يخفى ايضا ان هذا انما هو حيث تجب الامور السابقة وكذلك حيث لا
اي حيث تجب الامور السابقة
يكون الاستيجار لدابة معينة قوله ولو استاجر للعقبة جاز ويرجع في التناوب الى العادة العقبة بضم العين
النوبة وهما يتعاقبان على الراحلة اذا ركب هذا تارة وهذا اخرى فان كان هناك عادة مضبوطة اما بالزمان
بان يركب يوما وينزل يوما او بالمسافة بان يركب فرسخا وينزل فرسخا حمل الاطلاق عليها والا وجب التعيين والا بطل
العقد بدونه ولو اتفقوا على خلاف العادة و كان مضبوطا صح ولا بد من تعيين من يبدأ بالركوب اذا كانا
اثنين او محل الركوب اذا كان واحدا ويحتمل ان يرجع الى القرعة واختاره في التذكرة وهو بعيد لانه بجعلها الا
مع الاشتمال على عقد المعاوضة الموجب للجهالة والمفضي الى التنازع لا يغتفر ويقسم بالسوية ان

البروك خفتن شتر

النشز المكان المرتفع كالنشاز والنشز محركه جمع نشوز وانشاز ونشاز قاموس

اتفقا والا فعلى ما شرطاه فالظاهر ان المقسوم هو الطريق اي يقسم الطريق بينهما في الركوب بالسوية ان استويا
في الاستحقاق وان لم يستويا فيه قسم بينهما على ما شرطاه بينهما ومعناه لكل واحد منهما لكن لا يستقيم ذلك لانه لا
من تعيين ركوب كل منهما متعذر ويحتمل ان يكون مراده ان اطلاق التناوب يقتضي المساواة الا ان يشرطا
غيره لكن قوله ويرجع في التناوب الى العادة ينافي ذلك مع ان العبارة لا يقتضيه تؤديه لان قوله ان اتفقا
اي استويا في الاستحقاق ينافي ذلك ويمكن ان يريد وجبت الاجرة عليهما بالسوية ان اتفقا في الركوب والا فعلى
ما شرطاه من الركوب ويختلف بينهما الا انه خلاف المتبادر من العبارة ولم يجر للاجرة ذكر وبالجملة فالعبارة لا تخلو
من شيء وان يستأجر نوبا مضبوطا اما بالزمان فيحمل على زمان السير او بالفراسخ يمكن ان يكون المراد بالعقبة
فيما تقدم استحقاق الركوب بالنوبة مع شخص آخر ويكون المراد هنا استحقاقه للنوبة مع كونه وحده ويمكن ان يراد
بالاول انا اكتفي بالعادة المضبوطة واطلق في العقد ويراد هنا التعيين في نفس العقد وضبط النوب
اما بالزمان واما بالفراسخ فان ضبطت بالزمان كان يركب يوما وينزل يوما صح وحمل ذلك على زمان السير
فلا يكون نزوله في المنزل يوما ويومين محسوبا من النزول بين النوبتين اذ المتبادر من ذلك النزول لاجل
السير والسير ولا يخفى ما في العبارة من تشتت شعب المسائل واذا استاجر للحمل فان اختلف الغرض باختلاف
الدابة في سهولتها وسرعتها وكثرة حركتها وجب ذكره فان الفاكهة والزجاج يضر كثرة الحركة وبعض الطريق
يصعب قطعه على بعض الدواب والا فلا اي انا استأجر للحمل بفتح الحاء مصدرا وبكسرها اسما لما يحمل فان
كان ما يحمل لا يختلف الغرض بالنسبة اليه بسهولة الدابة وصعوبتها وكثرة حركتها ونحو ذلك كالابن
مثلا ولم يكن الطريق مما يختلف حال الدواب فيه فيصعب قطعه على بعض دون بعض لم يجب تعيين الدابة
ولا ذكرها وصفها وان تحقق احد الامرين اما اختلاف الغرض بالنسبة الى الحمل لكون المحمول زجاجا او خزفا
او فاكهة ونحو ذلك او كان حال الدواب في قطع ذلك الطريق مختلفا فلا بد من التعيين كما في الراكب هذا زمن
العرفاء المقة في التذكرة ونعم ما قال وغير مستبعد اشتراط معرفة الدابة في الحمل كالركوب لان الاغراض تختلف
في تعلقه بكيفية سير الدابة وسرعته وبطئه وقوته وضعفه وتخلفه عن القافلة مع ضعفها هذا كلامه
ولا يخفى ان هذا انما هو اذا كانت الاجارة واردة على الذمة اما اذا كانت الدابة المستأجرة للحمل معينة فلا
من رؤيتها او وصفها وصفا يرفع الجهالة واما الاحمال فلا بد من معرفتها بالمشاهدة او الوزن مع ذكر
الجنس وذكر المكان المحمول اليه والطريق لا بيان الاحمال يجب معرفتها للاختلاف الناشي باختلافها فان
القطن مثلا يضر من جهة انتفاخه ودخول الريح فيه زيادة ثقله والحديد يضر بعضه ومعرفة الاحمال اما بالمشاهدة
او الوزن مع ذكر الجنس وذكر المكان المحمول اليه بوجه آخر فانه يجتمع على موضع من ظهر الدابة فربما عقرها
اي جرحها

مقرر

وقوله اما بالتنزيل على العادة المضبوطة
او بالتعيين في العقد فرع فلا مجال
للتقسيم الا على المعهود عليه م

ويجوز ... العقر الجرح ... قوائم
الفرس والابل عقره ويعقره
وعقره والعقير المعقور
ج عقرى فافهم

وتحمل بعض الاشيا اصعب من بعض وكذا يجب زيادة الحفظ في البعض كالزجاج ومعرفة الاحمال اما بالمشاهدة
فانها من اعلى طرق العلم على ما ذكر في التذكرة وقد يقال انها وان اثمرت العلم بالجنس الا ان العلم بالقدر قد
لا يحصل بذلك فليلحظ ثانيا فيها ايضا فلو كان في ظرف وجب ان يمتحنه باليد تخمينا لوزنه هذا اذا كان حاضرا
فان لم يكن حاضرا وجب ذكر الجنس فانه يختلف الحال باختلافه كما قررناه ومثله معرفة الوزن ولا بد من
ذكر المكان المحمول اليه والطريق ان كانت متعددة وهي مختلفة ولو جرت العادة بسلوك طريق بعينه و
كانت مستمرة بذلك حمل الاطلاق عليه ولو استاجر الى مكة فليس له الالزام بعرفة ومنى بعد ذلك وقالوا
استاجر للحج لان نهاية الاجارة في الاول مكة وقال بعض الشافعية له الحج لان الاستيجار الى مكة عبارة عن
الاستيجار للحج لانه لا يستاجر اليها غالبا الا للحج فيحمل الاطلاق عليه وليس بشيء لانه ان سلم انه يريد الحج فقد
استاجر للركوب الى اداء الافعال المتعلقة بالميقات ومكة دون ما عداها عملا بصريح اللفظ اما لو استاجر
للحج فان له الركوب الى عرفة ومنى والعود الى مكة وكذا الركوب للعود الى منى للرمي على الاظهر لان
ذلك من تمام الحج وتوابعه ولو شرط ان يحمل ما شاء بطل العقد ولا يقال ان ذلك ينزل على العادة بحسب حال
الدابة لان العادة في ذلك تزيد وتنقص وقال بعض الشافعية ان ذلك يصح ويكون رضى باضر
الاجناس وليس بشيء للغرر ولزوم مثله في كل موضع فيه غرر تنزيلا على سوء الحالات
ولو شرط حمل مائة رطل من الحنطة فالظرف غير داخل لانه بين المائة بقوله من الحنطة فلا بد ان يكون الظرف
خارجا عنها فان كان معروفا والا وجب تعيينه فيفسد العقد بدون التعيين للجهالة والتعيين
اما بالرؤية او الوصف الا ان يكون هناك غراير متماثلة معروفة اطرد العرف باستعمالها وجرت
العادة عليها كالغراير للصوف والشعر ونحوهما فيحمل مطلق العقد عليها ولو قال مائة رطل دخل الظرف
فيه حيث لم يبين المائة بكونها من الحنطة والظرف من اللوازم فيكون داخلا في المائة وقد يقال ان يقول
انه اذا شرط حمل مائة رطل ولم يعين لم يصح وان عين لم يخل من ادخال الظرف في الجملة وعدمه فلا
يستقيم قول المصنف انه لو قال مائة رطل دخل الظرف فيه الا ان يقال ان هذا متفرع على الاكتفاء بالتقدير
واهمال ذكر الجنس وقد نبه على ذلك في التذكرة ولو استاجر للحرث وجب تعيين الارض بالمشاهدة
او الوصف وتقدير العمل بتعيينها او بالمدة وتعيين البقر ان قدر العمل بالمدة لا ريب انه اذا استاجر
للحرث بقرا ونحوها وجب ان يعرف صاحبها لدابة الارض وقدر العمل لدفع الغرر فاما الارض فتعرف
بالمشاهدة قال في التذكرة ولا تعرف بالوصف لانها تختلف فبعضها صلب يتصعب حرثه على البقر
ومستعملها وبعضها رخو يسهل حرثه وبعضها فيه حجارة تتعلق بها السكة ومثل هذا الاختلاف انما

الغرار بالكسر ... والسهم والسيف وبها ... الجوالق ...

الحرث كشت كردن ... حرث يحرث حرثا

يوقف عليه بالمشاهدة دون الوصف لان الصلابة تختلف بالشدة والضعف والحجارة تختلف بكثرة العدد وقلته قلت قد سبق في كلام المصنف في الاستيجار على حفر البير ما ينافي هذا حيث اعتبر المشاهدة واقتصر عليها ولقايل ان يقول ان كان المراد من المشاهدة رؤية ظاهر الارض فلا ريب ان ذلك لا يعرف به حال ما يصل اليه العمل والوصف لا يكشف وان كان المراد المشاهدة حين حصول الحرث بتلك فاشتراط حصول ذلك في جواز الاستيجار للحرث بعيد ولا يستفاد ذلك من عباراتهم على انه متى كون الوصف لا يفي بحال الارض بحيث يبقى الغرر معه مدفوعة فان الوصف التام ينفي الغرر وما افاده هنا لا يخلو من قوة فما سبق في حفر البير ينبغي الاكتفاء فيه بالوصف ايضا اذا كان تاما ويشترط ايضا تقدير العمل اما بتعيين الارض او بالمدة لكن لو قدر العمل بالمدة فلا بد من تعيين الدابة التي تستعمل في الحرث اما بالمشاهدة او الوصف الرافع للجهالة سواء كانت الاعمال في ذلك على عين او في الذمة اما لو قدر العمل بالارض فانه لا يحتاج الى معرفة البقر الا ان يكون الاعمال وقعت على عين البقر وهل يحتاج الى معرفة سكة الحرث قال في التذكرة الاقرب لا اكتفاء بالعادة في ذلك لقلة التفاوت فيه وهو حسن وكذا يرجع الى العادة في قدر نزول السكة في الارض ولو استاجر للطحن وجب معرفة الحجر بالمشاهدة او الوصف وتقدير العمل بالزمان او الطعام لا ريب في استيجار الدابة لادارة الرحى جايز لانها من الاعمال المقصودة المحللة فجازت المعاوضة عليها ولا يخفى ان حجر الرحى يتفاوت حاله بثقله وخفته تفاوتا كثيرا فلا بد من تعيينه اما بالمشاهدة او بالوصف التام الرافع للجهالة وكذا يجب تقدير العمل اما بالزمان او بالطعام فاذا عينه بالطعام عينه بالقدر والجنس للتفاوت بين طحن الحنطة والدخن والعفص وقشور الرمان وظاهرهم ان التعيين بالزمان كاف وينبغي اذا قدر العمل بالزمان تعيين الدابة للاختلاف كثيرا بقوتها وسرعتها وضعفها بخلاف ما اذا قدر بالطعام الا ان يكون الاستيجار لعينه ~~عن ذكر جنس المطحون لانتفاء الغرر~~ بذلك قوله ولا بد من مشاهدة الدولاب ان استاجره له ومعرفة الدلاء وتقدير العمل بالزمان او بملء البركة مثلا يجوز استيجار الدابة لادارة الدولاب والاستقاء من البكرة بالدلو فلا بد ان يشاهد صاحب الدابة الدولاب والدلو وموضع البير وعمقها بالمشاهدة او الوصف الرافع للجهالة ان امكن الضبط ولم يتعرض المصنف لمعرفة موضع البير وعمقها لكنه صرح به في التذكرة ولا ريب انه ان قدر العمل بحول البركة يحتاج الى ذلك للتفاوت البين اما اذا قدره بالزمان فعلى ما سبق في نظائره لا يحتاج اليه قوله لا بسقي البستان لاختلافه لحم التربة بحسب الماء وعطشه اي وتقدير العمل بحول البركة

اقرب

عن ذكر جنس المطحون لانتفاء الغرر بذلك

العفص ثم بعد ذلك [illegible] البلوط وكل [illegible] بلوطا [illegible] بعضها ويعود الى بعض [illegible] [illegible] والنفع [illegible] [illegible] [illegible] الضعيفة [illegible]

وتعيين دلو ا معيّنه وتعيين دوره مثلاً لا بسقى البستان لاختلاف العمل فى ذلك كثيراً بحرارة الهوا او برودته وقد يتعهد البستان بالماء وعطشه فلا ينضبط بتة على وجه يندفع الغرر واستشكل الحكم فى التذكره ولم يفت بشئ والمعتمد ما هنا ولو كان لسقى الماشيه فالاقرب الجواز لتقارب التفاوت فان شرب الدابه لا يتفاوت الا نادرا ويحتمل العدم لان التفاوت يتحقق مع قرب العهد بالماء وعدمه والهوا وبرودته وخصوصا فى الحيوان العظيم لا سيما اذا كثر عدده ولا ريب ان التقدير بغير ذلك اولى ولو استاجر للاستقاء عليها وجب معرفة الآلة كالراويه او القربه بالمشاهده او الصفه وتقدير العمل بالزمان او عدد المرات وملء معيّن لا شبهه فى جواز استيجار الدابه للاستقاء لكن لا بد من مشاهدة المستاجر للدابه او وصفها لتفاوت الغرض بتفاوتها ولا بد من مشاهدة الموجود الآلة التى يستقى بها من راويه وقربه ونحو ذلك لتفاوتها فى الصغر والكبر والثقل والخفه ويكفى الوصف الرافع للجهالة وحينئذ يجب معرفة الوزن ولا يجب مع المشاهده ويجب تقدير العمل باحد امور ثلثه اما بالزمان كيوم او عدد المرات فيحتاج الى معرفة الموضع الذى يستقى منه والذى يذهب اليه والطريق المسلوك للاختلاف الكثير فى ذلك ويجوز التقدير على شئ معيّن فيجب معرفته وما يستقى منه بالملء كان يستقى ما يأخذ الاناء اذا امتلا ويجوز تقديره على ان يصدره واعلم ان كل موضع وقع فيه العقد على مدة فلا بد من تعيين الظهر الذى يعمل عليه لان الغرض يختلف باختلاف الدابه فى القوه والضعف وان وقع على عمل معيّن لم يحتج الى معرفتها لانه لا يختلف مع احتمال الحاجه ذكر المص ذلك كله فى التذكره ولا ريب ان المسائل السابقه قد اشترط فيها معرفة الدابه مع التقدير بالعمل المعيّن فلا يتم ما ذكره فرع لو استاجر الدابه بكل تراب معروف جاز لانه معلوم بالعرف ويجوز استيجار الدابه بالتها وبدونها ومع المالك وبدونه اذ لا مانع من ذلك بعد البيان ويجب الثالث الارض ويجب وصفها او مشاهدتها وتعيين المنفعه للزرع او الغرس او البناء لا ريب فى الاكتفاء بالمشاهده فى الارض لصحة المشاهده ومنع الشافعى من اجارتها بالوصف لانها لا تصير معلومه به وقال المص فى التذكره بالجواز بالوصف ان امكن الضبط به والا فلا ولا شك انه يجوز اجارتها للمنفعه المعينه اما اذا لم يعيّن فانه لا يجوز قطعا لان المنافع تختلف اختلافا كثيرا وضررها على الارض متفاوت كذلك ولو آجرها لينتفع بها باحد هذه المنافع الثلث صح لانه لا يقصر عن التعيين اما لو اجرها لينتفع بها بما شاء وهو الذى اراده المص بقوله فان آجرها لينتفع بها بما شاء فالاقرب الجواز وتخير المستاجر فى الثلثه اى فى الامور الثلثه ووجه القرب الاصل واطلاق النصوص ولان

ذلك في قوة النص على عموم المنافع وقيل بوجوب التعيين والنص على التعميم حذرا من الغرر وفي الفرق
بين هذه وبين ما اذا استاجر الدابة ليحمل عليها ما شاء نظر وما قربه المص قريب ولو قال للزرع
او الغرس بطل لانه لم يعين احدهما المراد هنا اذا اجره لاحدهما مبهما ولو اجره ليستفع بما شاء
منهما صح لان الاجارة ح للعقد لمشتركه بينهما بخلاف صورة الابهام ولو استاجر لهما صح و
اقتضى التنصيف ويحتمل التخيير وجه الاول ان المتبادر من اللفظ التشريك ولان مقتضى الاجارة
ان تكون المنفعة المطلوبة بالاجارة كل واحد منهما فعند الجمع يجب التنصيف ويحتمل التخيير لان
استيفاء المنفعتين معا من جميع الاجزاء غير ممكن دفعة فليكن ذلك منوطا باختياره والاول
اقوى لان الاجارة للامرين لا لاحدهما كما هو ظاهر اللفظ فلا بد من التشريك ولو اجرها لمن
ما شاء صح ولو عين اقتصر عليه او على ما يساويه او يقصر عنه في الضرر على اشكال الاشكال في العدول
عن المعين الى المساوي والاقل ضررا منشاؤه من ان المنافع انما تستحق على حسب مقتضى العقد
والغرض انه لم يتبع الا على الوجه المعين فلا يجوز تجاوزه ومن ان المعقود عليه منفعة الارض
ولهذا يستقر العوض بمضي المدة اذا سلم الارض فلم يزرعها وذكر المعين انما كان لتقدير المنفعة
فلم يتعين كما لو استاجر دارا ليسكنها كان له ان يسكنها غيره وفارق المركوب والدراهم في
الثمن فانهما معقود عليهما فتعينا والذي تقتضيه العقد هنا هو تعيين منفعة المقدرة بذلك
المعين وقد تعينت دون ما قدرت به كما لا يتعين المكيال والميزان في المكيل والموزون
وهذا هو المشهور بين جماعة الفقهاء والاول اقوى دليلا وارجح حجة واختاره الشيخ في
المبسوط وهو الاصح وما ذكر في الوجه الثاني من ان المعقود عليه منفعة الارض ان اراد
على وجه مخصوص فهو حق لكن يجب ان لا تجاوزه وان اراد مطلقا فيمنع واضح واستقرار الاجرة
بمضي المدة ليس لكون المعقود عليه المنفعة مطلقا بل لكون المعقود عليه قد تمكن من استيفائه
ببذل العين له وتسليمه اياها فكان تاركا لحقه ولان المنفعة قد تلفت تحت يده فكانت محسوبة
عليه وقوله ان ذكر المعين انما كان لتقدير المنفعة ليس بشيء وكيف يكون كذلك والغرض قد يتعلق
بنوع المعين ومثله ذلك آت في الاستيجار للسكنى فيكون الاصل ممنوعا وقوله ان المعقود عليه
المنفعة المقدرة بذلك المعين فهو كالمكيال مردود لان الاغراض تختلف في ذلك اختلافا بينا فلا
يجوز الخروج عن مقتضى العقد واما المكيال والميزان فان اللفظ وان اقتضى تعيينهما الا
انه لما قطع بعدم تعلق الغرض بهما وعدم التفاوت في التقدير بهما او بغيرهما بوجه من الوجوه التي

لها دخل في مقصود الاجارة ويتفاوت به مقاصد المتعاقدين حكمنا بخلاف ظاهر اللفظ والغينا
ذكرا لتقدير بهما حتى لو فرض وجود غرض صحيح في تعيينهما حكمنا بلزوم ذلك كما لو قطع بسلامة
ميزان مخصوص من العيب دون غيره من موازين البلد مثلا فان تعيينه يقتضي تعيينه ثم معلوم
ان الاغراض تتفاوت بتفاوت المزروعات وليس هذا بادون من تعيين الاثمان مع ان
تعلق الغرض بثمن دون ثمن من جنسه ونوعه اقل من تعلقها بخصوص المزروع ولا خفاء
في متانة القول بالتعيين وعدم جواز العدول وظهور قوته ووضوح حجته لكن المشهور العدم
والمصحح في التحرير وافتى بعدم التعيين بذلك وكلامه في التذكرة يعطي ذلك وان كانت العبارة لا تخلو
من اضطراب والظاهر هو الاول ولا يخفى انه لو اذن في زرع الاضر جاز اجماعا وهو مستفاد من مفهوم
العبارة ولو شرط الاقتصار على المعين لم يجز التخطي ولا الى الاقل ضررا قطعا قضية للشرط وكذا
التفصيل لو آجرها للغراس فله الزرع لانه اقل ضررا من الغرس لانه مما تنتشر عروقه في الارض
اكثر لصعود عروقه وثقله تنتشر عروقها بالنسبة الى الغرس وليس له البناء لان ضرره اشد من الغرس
من وجه فان البناء ادوم في الارض واكثر استيعابا لوجهها والغرس اشد ضررا لانتشار عروقه
واستيعابه قوة الارض ونحو الزرع فلا يجوز العدول من الغرس المعين الى البناء وكذا العكس
وهو المستفاد من قوله وكذا لو استأجر للبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع واذا استأجر للزرع
ولها ماء دائم او يعلم وجوده عادة وقت الحاجة مع الاستغناء بالسقي في وجود الماء للسقي فاقسام
اقسام منها ارض لها ماء دائم من نهر او عين او بئر ونحوها وهذه يجوز اجارتها للزرع اجماعا
للقدرة على تسليم المنفعة ومنها ارض لا ماء لها دائم ولكن تشرب من ماء يغلب وجوده وقت يعلم
الحاجة كارض مصر التي تشرب من زيادة النيل والارض التي تشرب من زيادة الفرات كالكوفة
وارض البصرة التي تشرب من المد والجزر وما تشرب من الامطار والثلوج التي يغلب حصولها
وهذه يجوز اجارتها قبل وجود الماء الذي تسقى منه وبعده عملا بالظاهر من وجوده وقت الحاجة
ومنع الجواز بعض الشافعية ومنها ارض لا ماء لها ولا يغلب وجوده عند الحاجة وانما
وانما يندر ذلك كالارض التي انما تشرب من المطر العظيم او الزيادة المفرطة النادرة الحصول
فهذه ان آجرها بعد وجود ماء يكفيها صحت الاجارة لتحقق حصول المنفعة والا فلا لتعذرها
بحسب الظاهر والغالب وهذا القسم هو المراد بقوله وان كان نادرا فان استاجرها بعد وجوده
صح للعلم بالانتفاع والا فلا وقوله فان استاجرها جواب الشرط من قوله وان كان نادرا ولو

وليس له البناء ... وكذا التفصيل في جواز التخطي الى الاقل ضررا والمساوي دون الاضر كما استاجر الارض للغراس فله الزرع ص

اجرها

آجرها على ان لا ماء لها او كان المستاجر عالما بها صح وكان له الانتفاع بالنزول فيها او وضع
رحله وجمع حطبه ونحوهما رجاء للماء اى لو آجرها الارض وهى مما يندر حصول الماء الا فى زرعها
فلا يخلو اما ان يوجرها على ان لا ماء لها او يوجرها للانتفاع بها بنحو النزول فيها وسكنها او وضع
الرحل والامتعة فيها او ربط الدواب وجمع الحطب او يوجرها مطلقا من دون الامرين مع
علم المتعاقدين بعدم الماء وبدونه فهذه حالات اربع الاولى ان يستاجرها على ان لا ماء لها — مطلقا ٢
ولا ريب فى الجواز لان منفعتها لا تنحصر فى الزرع وان كان المقصود الغالب استيجارها
للزرع لان اشتراط عدم الماء ينفى كون المقصود الاصلى من استيجارها هو الزرع فحينئذ
ينتفع بها بنحو الامور المذكورة وكذا بالزرع رجاء الماء لانه لم ينف ذلك فى العقد وانما نفى كون
المقصود الاصلى الثانية ان يكون المتعاقدان عالمين بالحال فان علمهما ينزل منزلة التصريح بنفى
الماء فيكون الحكم كما سبق فى الاولى واقتصر فى الكتاب على كون المستاجر عالما بالحال وهو صحيح لان
المنفعة المطلوبة بالاجارة والمقصود حصولها غالبا مختص به فلذا اهمل الموجر الحال الثالثة — يقدح م
ان يستاجرها مصرحا بالمنافع المخصوصة كالنزول فيها ونحوه والحكم كما فى الاوليين وله الزرع
رجاء لحصول الماء على القول بان المنفعة لا تتعين بالتعيين بل يتقدر به فيتجاوز الى المساوى
والاقل وهذه لم يتعرض لها المص الرابعة ان يستاجرها مطلقا من غير تعيين للمنافع ولا اشتراط
لعدم الماء مع كونه غير عالم بحالها فاما ان يكون سوق الماء اليها ممكنا او لا ففى الاول فى الصحة
للاجارة وجهان وقرب فى التذكرة الجواز لان المنفعة مقدور على تسليمها عادة وهو قريب
لكن يتخير المستاجر ان احتاج سوق الماء الى زمان او اخل بذلك الموجر وفى الثانى فى صحة الاجارة
وجهان احدهما لا تصح لان المنفعة المطلوبة غالبا متعذرة الحصول والعبارة خالية من الثالثة
ومن القسم الاول من قسمى الرابعة واعلم ان المتبادر من قوله ولو آجرها على ان لا ماء لها اجارته
بل ومن القسم الثانى من قسمى الرابعة ايضا
اياها غير مقيدة بالزرع وان كان منتهى قوله واذا استاجر للزرع ولها ماء دايم انه يقتضى كون
الاستيجار للزرع لكن المطابق لما فى التذكرة والتحرير هو الاول على ان الثانى لا تصح الاجارة الا على
القول بان المنفعة لا تتعين الا بالتعيين وليس له البناء ولا الغرس اى ليس للمستاجر فى الصور
المذكورة البناء ولا الغرس لان تقييدها بمدة تقتضى ظاهر التفريغ عند انقضائها والبناء والغرس
للتابيد بخلاف ما لو استاجر مدة للبناء او الغرس فان التصريح بهما مع المدة اظهر ظاهر ولو — الانحسار جريان الماء ٢
استاجر ما لا ينحسر عنه الماء غالبا بطل ينبغى ان يكون المراد انه استاجره للزراعة او مطلقا ولم يشترط كونه

ينحسر

معمورا بالماء ولا يعلم المستاجر بالحال والا لم يتم له الحكم بالبطلان وسياتى ان شاء الله تعالى فى عبارته
ما يحقق ذلك وان كان بعضها لا يخلو من كلام ونعلم ان فى بعض النسخ التقييد بكون الاجارة
للزراعة وهو المطابق لما سياتى فى العبارة الا انه غير محتاج اليه لان ترك التقييد واجراء
العبارة على اطلاقها يتناول لما اذا استاجر ولم يقيد بالزراعة فان الحكم لا يتفاوت لان
المقصود الاصلى هو الزراعة فلا حاجة الى التقييد به فى محل الاحكام كما حققناه فى المسئلة
السابقة ولو كان ينحسر وقت الحاجة وكانت الارض معروفة او كان الماء صافيا يمكن مشا[illegible]
صح ولا ثلاثا اى لو كان الماء الذى على الماء ينحسر وقت الحاجة اى وقت ارادة زرعها ان كان ذلك
النوع لا يزرع فى الماء او وقت ارادة انحساره بعد الزرع بحيث لا يفسد الزرع به ان امكن
الزرع فى الماء كالارز صحت الاجارة بشرط كون الارض معروفة عند المستاجر قبل ذلك وكون
الماء صافيا لا يمنع مشاهدتها المعتبرة فى الصحة فان انتفى الامران فظاهر العبارة عدم صحة
الاجارة وقال فى التذكرة الوجه الاستبصار عند عدم الامرين لا ولين مطلقا بمعنى ان يكون
الزراعة من حيث انه يقوى الارض ويقطع العروق المنتشرة فيها فاشبه استتار اللوز والجوز
بقشرها وليس بشئ لما اوزناه قياس ومع ذلك قياس مع الفارق فان القشر فى الجوز واللوز محسوب
من ما يخلقه الماء بالنسبة الى الارض لا ترى عليه فى احدهما والتدبر فى الاخر فاهنا اقرب
واعلم ان قوله وكانت الارض معروفة يتناول المعرفة بالوصف فيكون كل من معرفة الارض
بالمشاهدة السابقة على غرق المانع من المشاهدة ومنها الدافع للجهالة مصححا للاجارة
كما ان مشاهدتها بعد الغرق اذا كان الماء صافيا لا يمنع المشاهدة ايضا كذلك لكن العبارة
لا تخلو من مناقشة لان قوله وكانت الارض معروفة المراد كونها كذلك حين عقد الاجارة
فح يكون قوله او كان الماء صافيا يمكن مشاهدتها مستغنى الا كنا لصحة الاجارة بكونها
فى حال العقد ممكنة المشاهدة وليس كذلك ولو قال وكانت الارض ولو بمشاهدتها بعد الغرق
لصفاء الماء ونحو ذلك لكان اولى ولو استاجر ما لا ينحسر عنه الماء للزراعة لم يجز لعدم الانتفاع
فان علم المستاجر ورضى جاز ان كانت الارض معلومة وكذا ان كان الماء قليلا يمكن معه بعض
الزرع اى لو استاجر ما لا ينحسر عنه الماء وقت الحاجة للزراعة لم يجز لعدم الانتفاع وفيه
مناقشتان احديهما ان هذا قد سبق فاعادته تكرار ويجاب بانه اعيد لبناء ما بعده عليه
فهو كالتمهيد لما سبق الثانية انه لا حاجة الى التقييد بقوله للزراعة لان اطلاق اجارة الارض البيضاء

الارض ر

معروفه م

ينحسر ر

اذا رضها اتجار فيها ولا بناء م

اما

انما يقصد به غالبا الزرع فالاطلاق محمول على ارادة الزرع كما سبق في الارض التي لا ماء
لها على ان التقييد بذلك مضر لان الزرع انما يتمشى الصحة اذا علم ورضي على القول باختصاص
المنفعة لا يقتضي التعيين والمقام قد استشكله فان تلك قد ارتكب مثل ذلك في المسألة السابقة
تلك لما كانت المسألة السابقة مما يتخرج بعض اقسامها على ذلك لم يكن بد من بنائه عليه بخلاف
ما هنا فان الاطلاق يصح معه الحكم وان كان احد اقسام المطلق مما يتمشى على ذلك القول ومع
التقييد لا تصح المسألة الا على القول فظهر الفرق اذا عرفت هذا فاعلم ان ما لا يحصل منه الماء الا نزر — يحرر
وقت الحاجة اليه اذا استاجره فاما ان يكون ماؤه قليلا لا يمنع اصل الزرع فيمكن معه زرع شيء
او يكون كثيرا يمنع وحينئذ فاما ان يعلم المستاجر الحال في وقت الاجارة او لا فان كان الماء قليلا لا
يمنع صحت الاجارة وان جهل المستاجر الحال كان له الفسخ والرضا بالحصة ان كان المزروع بعض
الارض وان كان جميعها مع النقص احتمل وجوب الارش وسياتي تحقيقه عن قريب ان
شاء الله تعالى وان كان الماء كثيرا وعلم الحال ورضي صحت الاجارة وانتفع بغير الزرع منضبطا
ونحوه ولو تعذر انحسار الماء كان له الفسخ لعدم المانع وان لم يعلم الحال فاما ان يكون فيه نفع
باستيجارها لنحو الاصطياد ولا فلا لان تصحيح الاجارة ينبغي في تلك المنفعة ومع انحسار
الماء بفعله بحيث ندر يجري فيه او مطلقا كان له الفسخ ان كان مساويا لتلك المنفعة
في الضرر او قلنا على القول به وان لم يصرح بذلك لم تصح الاجارة نظرا الى ان المنفعة المقصودة
منتفية ومما قررناه يعلم ان عبارة الكتاب قاصرة عن اقسام المسألة ولو كان الماء يتحكم على — يحرر
التدريج لم يصح لجهالة وقت الانتفاع الا ان يرضى المستاجر وهذا الحكم اعني الصحة مع رضى
المستاجر اعم من ان يستاجر مطلقا او للزراعة بناء على القول بعدم التعيين بالتعيين ووجهه
ان علمه بالحال بمنزلة الاستيجار لغير الزرع في الصحة فلا يلزم الجهالة في الاجارة نظرا الى المقصود
لان الزرع على ذلك التقدير ليس هو المقصود الاصلي ولو امكن الا ان العادة قاضية — الزرع ص
بغرقها لم يجز اجارتها لانها كالغارقة ينبغي ان يكون هذا اذا استاجرها للزرع او مطلقا
ولم يعلم الحال فيهما اما اذا علم الحال فلا مانع كالغارقة تنزيلا على قصد باقي المنافع — غَرِقَ يَغرَقُ غَرَقاً
ولو اتفق غرقه او تلف بحرق او غيره فلا ضمان على المؤجر ولا عناد للمستاجر الا ان — فهو غَرِقٌ ١٢
يتعذر الزرع بسبب الغرق او انقطاع الماء او قلته بحيث لا يكفي الزرع او تعيب الارض
فيتخير في الامضاء بالجميع ويحتمل بما بعد الارش كما تقدم على سبيل التذكرة غرق الزرع

من حرق ونحوه ح

بجايحة فلا ضمان على الموجر ولا فسخ للمستاجر لان الجايحة لحقت مال المستاجر لا منفعة الارض فهو بمنزلة احتراق البيت ممن استاجره كما ان البيع البر فان اجارة الدكان لا تنفسخ بخلاف ما لو تعذر الزرع بسبب الغرق او انقطاع الماء او قلته بحيث لا يكفي الزرع او فسدت الارض فبطلت قوة انباتها وكان ذلك في مدة الاجارة وهذا هو المراد من قوله الا ان يتعذر الزرع الخ وقوله او تفسد الارض عطف على قوله يتعذر وحينئذ فتنفسخ الاجارة فيما بقي مع تعطل المنفعة بالكلية لامتناع الاجارة مع عدم المنفعة المقصودة فيسترد حصة ما بقي من المسمى ولا فرق بين سبق فساد الزرع على فساد الارض وبالعكس ولا بين بقاء زمان يمكن الزرع فيه لو كانت الارض سليمة وعدمه نظرا الى فوات المنفعة في متعلق الاجارة وفي قول للشافعية ان كان فساد الارض بعد فساد الزرع لا يسترد شيئا من المسمى لانه لو بقيت قوة الارض وصلاحيتها لم يكن للمستاجر فيها فايدة بعد فوات الزرع وكذا لا فرق بين ان يستاجر للزرع مطلقا او اذا انقطعت المدة مع احتمال الفرق فيتخير اذا بقي للارض منفعة مقصودة مع الاطلاق شبيها بما ثانيا للجواز للتخلي من اليمين الخبرية وفيه قوة ويتخير بين الفسخ والامضاء ان نقصت المنفعة وحينئذ فيتخير في الامضاء بالجميع لان الذي وقع عليه العقد فاذا امضاه وجب العمل بمقتضاه والمسمى انما قوبل به مجموع المنفعة ولم يجعل الاجزاء في مقابلة الاجزاء ويحتمل ان له الامضاء بما بعد الارش لان الاجرة انما هي في مقابلة المجموع وقد فات بعضه فيجب ان يسقط قسطه وايضا فان ابعاض المنفعة لو لم تكن مقصودة بالاجرة لم تزد الاجرة بزيادتها ولم تنقص بنقصانها واللازم معلوم البطلان وايضا فان مقابلة المجموع بالمجموع تتضمن مقابلة الاجزاء بالاجزاء ولا ريب ان عدم اعتبار الارش بعيد جدا لانه لو فات تسعة اعشار المنفعة فمقابلة مجموع المسمى بما بقي كانه بديهي البطلان فالاحتمال الاخير اقرب واعلم ان هذا الارش ليس معاوضة نسبته الى المسمى كنسبة اجرة مثل ما نقص من المنفعة الى مجموع اجرة المثل لمجموع المنفعة لان ايجاب اجرة مثل ما نقص ربما احاط بالمسمى فيستحق المستاجر الاجرة مع تملكه لباقي المنافع وهو معلوم البطلان واعلم ان التفريع في قوله فيتخير غير مستقيم لانه ذكر اشيا بعضها يقتضي انفساخ الاجارة كانقطاع الماء فكيف يتفرع عليه ثبوت الخيار واعلم ايضا ان في العبارة مناقشة اخرى من وجه اخر وهي قلة الماء بحيث لا يكفي الزرع من تلف الزرع بغير الحرق غير مستقيم لانه على هذا التقدير لا يتحقق تلف جميع الزرع لان الغرض قلة الماء لا انقطاعه بالكلية فيبقى منه بقية يكفي لبعض الزرع لا محالة الا ان يدعي مقابلة

فان قيل لو لم تكن الاجزاء مقابلة للاجزاء لم يجب التقسيط مع الانفساخ قلنا التقسيط انما هو بتعطل استيفاء المنفعة ببعض المدة لا مع نقصانها في مجموع المدة او بعضها وبينهما فرق ح

المنفعة

التشنيط اذ كلها بالحاجة فان فسخ رجع الحاجة الباقى قد استقر ما استوفاه ويوزع على المدتين
باعتبار القيمة وهي اجرة المثل للمدتين لا باعتبار المدة اى فان فسخ المستاجر فى الصورة المذكورة رجع
الحاجة الباقى وهى حصته من المسمى واستقر ما استوفاه اى استقر مقابله من المسمى فلا بد من
التوزيع وطريقه ان يوزع على قيمة المنفعة للمدتين والمراد بقيمتها اجرة المثل لها باعتبار المدتين
نظرا الى التفاوت بينهما فانه ربما كانت اجرة المثل لما بقى خمسين ولما بان اربعين مثلا فلو وزع على
اجرة المثل لمجموع المدة من حيث هى هى من دون اعتبار خصوص المدتين لزم الظلم فينظر نسبة اجرة
المثل لاحد المدتين الى مجموع اجرة المثل لهما ويوخذ بتلك النسبة من المسمى فلو كانت اجرة المثل
لما بقى خمسة اتساع مجموع اجرة المثل لهما كان نصيب ما بقى من المسمى خمسة اتساعه فان تجدد بعد
الزرع فله الفسخ ايضا ويبقى الزرع الى الحصاد وعليه من المسمى بحصته الى وقت الفسخ واجرة المثل
الى الحصاد لما بقى منها مثلا ذلك الماء القليل اى اذا حصل التعيب فى الارض بقلة الماء فالحكم ما سبق
سواء كان ذلك قبل الزرع او بعده فان كان تجدده بعد الزرع فيفيد امرا اخر وهو انه اذا فسخ
بالتعيب وجب ابقاء الزرع الى الحصاد لانه زرع بحق وثبت الفسخ بحق ذلك لم يكن قلعه بل يجب ابقاؤه
لان له مدة تنتظر وهى الحصاد فعليه من المسمى بحصته الى حين الفسخ بالتوزيع على المدتين كما سبق
ويسترد حصة الباقى منه ويلزمه للابقاء من الفسخ الى الحصاد اجرة مثل تلك الارض لها مثل
ذلك الماء القليل واعلم ان هذه المسئلة قد سبق ذكرها لاندراجها فى قوله سابقا ولو انقطع غرقه
او تلفه بحرق او غيره الخ لان التلف للزرع نوع تخلف منه وانما اعادها لبيان حكم وجوب ابقاء الزرع
الى الحصاد بعد الفسخ لكنا بعضا فى قوله فان تجدد بعد الزرع فله الفسخ ايضا يشعر بعدم سبق
ذكره لان معنى ايضا مشاركته ما سبق فى ثبوت الفسخ فلا يكون مذكورا وليس كذلك فلو سكت
عن قوله ايضا لكان اولى ويجب تعيين المدة فى اجارة الارض لاى منفعة كانت من زرع او غرس
او بناء او غير ذلك ولا يتقدر بقدر اما وجوب تعيين المدة فلان المنفعة لا تتعين من دون
تعيينها واما انها لا تتقدر بقدر فلعدم التقدير شرعا ولان الاجارة صالحة للقليل والكثير كما ان البيع
صالح لنقل قليل المال وكثيره ولا يجب اتصال المدة بالعقد فان عين والا اقتضى الاتصال
قد سبق انه لا مانع من كون مدة الاجارة متاخرة عن زمن العقد اذا ضبطت وعينت بما لا يحتمل
الزيادة والنقصان وسبق ما به خلاف الشيخ ره وحينئذ ان عين المبدا فى العقد تعين ومع
ترك التعيين واطلق ولم يشترط تاخر المدة عن زمان العقد حمل الاطلاق على الاتصال لانه المتعارف

[illegible]

والمبادرة ولان ترك التعيين دليل على ارادة ذلك لان ارادة ما لم يعين ولم يدل عليه دليل
بعيد عن المعاوضات ولان المعاوضة تفسد بدون ذلك والاصل الصحة فيراعى التمسك بالامر
ما امكن خصوصا مع المرجحات البائنة نعم لو تنفقا على تاخير المدة او نسيا تعيينه في العقد فان
عدم صحته ليس بذلك البعيد اذ ليس بمقصود فان استاجر للزرع فانقضت المدة قبل حصاده فان
كان لتفريط المستاجر كان يزرع ما يبقى بعدها فكالغاصب المراد بتفريطه ارتكابه ما يبقى بعد
المدة مع امكان تعيين الذي لا يبقى وان يترك الزرع اختيارا الى ان لا يبقى من المدة مقدار ما يبلغ الزرع
الحصاد فيه والمنع ثابتا بعد كل الجراد الزرع الاول او فساده بجايحة فانه حينئذ بعد انتهاء المدة
كالغاصب في جواز الزامه تفريغ الارض منه وزرعه بغير شي ولو الخلاف عاد يشتغل الارض بعد المدة
بخلاف ما لو لم يفرط ولم يقصر فاتفق تاخر الحصاد على خلاف الغالب لتغير الهوا او نحوه فانه غير عاد ولا
متعد فان قيل لا يظهر الفرق لان كل واحد منهما اشتغل الارض بالزرع بحق وبعد انقضاء المدة لا حق لواحد
منهما في المنفعة لعدم تناول العقد اياها فاما ان يكونا معا كالغاصب او يجب الابقاء لهما معا ولا اثر للتقصير
وعدمه قلنا بل بينهما فرق فان ما خرج عن المدة وان لم يتناوله العقد الا انه يستتبعه حيث لا يكون
من المستاجر تقصير وهذا من لزوم تكليف ما لا يطاق فيجمع بين الحقين بالزام اجرة المثل مع وجوب الابقاء
بخلاف ما اذا قصر فانه متعد بفعله لا تقصيره واعلم انه انما يكون كالغاصب بعد انقضاء المدة اما قبلها
فانه مستحق بالاجارة وقد علم مما قررنا حكم ما لو كان لعروض برد ونحوه فعلى الموجر التبقية وله
المسمى عن المدة واجرة المثل عن الزايد وللمالك منعه من زرع ما يبقى بعد المدة على اشكال اي لو اراد
الزرع مدة فاراد ان يزرع ما لا يدرك في تلك المدة فهل للمالك منعه من ذلك فيه اشكال ينشا من انه
ملك المنفعة للزرع وهذا من جملة الافراد فيكون حقا له فلا يسوغ له منعه منه ومن ان ذلك زرعه م
يستلزم البقاء بعد المدة المقتضي للتصرف في ملك الموجر بما لا يتناوله العقد والاحتياج الى القطع
بالتفريغ وربما اقتضى ذلك نقصانا في الارض فيكون له منعه واختاره الشيخ في المبسوط ويضعف
بمنع الكبرى فانه ليس كل ما لم يتناوله العقد من التصرفات يجب المنع مما يستلزمها لانها قد تثبت تبعا
ولا يكون العقد متناولا لها ليكون يمنع منها والتحقيق ان يقال لا يخلو الحال اما ان يكون عقد الاجارة
للزرع مدة معينة بحيث يتناول زرع ما يبقى بعد المدة او لا فان كان الاول فلا وجه للمنع بعد
استحقاقه بالعقد وان كان الثاني فلا وجه للتجويز لاختصاص العقد بما سواه فنقول لا ريب ان
الاستيجار للزرع مطلقا يتناول المنافع لكن تعيين المدة هل يقتضي خروج ما لا ينتهي عند انتهائها

ام لا يجوز

ام لا يحتمل الاول لان مقتضى التعيين عدم الاستحقاق بعدها فلا يستحق زرع ما يبقى بعدها وفيه
منع اذ لا دلالة للتعيين على الاستحقاق وعدمه باحدى الدلالات ولو سلم فالملازمة ممنوعة ويحتمل
الثاني لانتفاء المقتضي للتخصيص فيجب التمسك بالعموم فان قيل تعيين المدة دليل على ارادة التفريغ
بعدها قلنا هو معارض بذلك ولو سلم فلا ينهض مخصصا للعموم اذ يمكن ان يجمع بين الزرع الآن والتفريغ
بعد المدة فان قيل اجمل لفظ الزرع على حقيقته مع التقييد بالمدة يقتضي عدم اندراج زرع ما يبقى
بعدها ولا ينتفع به من جهة كونه زرعا اذا قلع بعد المدة قلنا للمانع ان يمنع كون الزرع حقيقة في
القاء الزرع في الارض على وجه يبلغ الحصاد بل هو اعم من ذلك لان المعروف انه القاء البذر واهل البذر م
في الارض م
اللغة والعرف شاهدان بذلك وهذا المعنى صادق في المتنازع فان تم هذا فعدم المنع اقوى ولكن
انه يجي هنا احتمال المنع سواء كان ما يزرع مما ينتفع به من جهة كونه زرعا في المدة باعتبار نقله الى
ارض اخرى والانتفاع به فصيلا كما لو كان شعيرا ام لا لان بقاءه بعد المدة يقتضي شغل ملك
المالك بما لا يتناوله العقد كما قررناه فيكون خارجا من المستحق على الاحتمال الاول فعلى الاول لو استاجر
لزرعه تعيينا فانه مدفوع بوقوع العقد عليه فانه لو زرع بغير اذنه لم يمكن المطالبة بازالته الا بعد
المدة هذا على القول بعدم استحقاق المالك المنع واضح اما على القول به فيشكل لان المستاجر قد شغل
الارض بغير ما يستحقه فله مطالبته بالازالة في زرع ما يسوغ له كما لو استاجر لحمل القطن فحمل الحديد
والعجب ان الشيخ حكم بان للمالك المنع ولم يجوز له المطالبة بالازالة لو زرع بغير اذنه محتجا بان له
حق الانتفاع بالارض في تلك المدة بالزراعة فهو مستوف لمنفعته فلو كان هذا صحيحا لم يكن للمالك
المنع من اول الامر لانه قد رضي بكل ما اقتضاه عقد الاجارة فاذا كان هذا من مقتضياته لم يكن له
يكمل م
منع ولو استاجر مدة لزرع لا يكمل فيها فان شرط نقله بعد المدة لزم وان اطلق احتمل الصحة مطلقا
ويحتمل امكان الانتفاع اي لو قصد الاجارة بزرع ما لا يكمل في المدة المعينة في العقد غالبا فاما ان او يقيد
يشترط انه اذا انقضت المدة ينقل ذلك الزرع من الارض او يشرط تبقيته الى زمان اخذه عادة
او يطلق فان شرط النقل فلا بحث في الصحة اذ لا مانع وينبغي ان يقيد بما اذا كان مثله في المدة مقصودا
في العادة فلو استاجر للزرع يوما او يومين مثلا فالذي يناسب الباب ويوافق اصول المذهب
عدم الصحة وان شرط التبقية الى زمان اخذه لم يصح للجهالة ولان ذلك يقتضي التناقض فان
تقييد المدة يقتضي النقل بعدها والشرط يخالفه قاله في التذكرة وفيه نظر لان تقدير المدة
لا يقتضي النقل بعدها وانما يقتضي تعيين زمان الاستحقاق وهو غير منحصر في الحاصل نعم ذلك

يقتضي كون التعيين للمدة لغواً ولم يذكر المص هنا هذا القسم وان اطلق فوجهان احدهما الصحة
لحصول المقتضي وهو الايجاب والقبول من جايزي التصرف وانتفاء المانع اذ ليس الا كون المدة
غير كافية لادراك الزرع وهو غير صالح للمانعية لان اقصى ما يتاتى فيه لزوم التجوز بلفظ الزرع
ولا محذور فيه لان العدول الى المجاز مع القرينة الدالة على ارادته متعين لتاتي تقييد الصحة
بامكان الانتفاع ومعناه الحكم بالصحة ان كان المزروع في تلك المدة مما ينتفع به ولقايل ان
يقول ان التقييد في هذا الوجه بامكان الانتفاع يقتضي الصحة على الاول مع امكان الانتفاع
وعدمه وهو مشكل فان الاجارة انما تصح على تقدير الاعتداد بالمنفعة لا بدونه واحتمل
في التذكرة الصحة اذا امكن ان ينتفع في الارض في زرع ضرر كضرر الزرع المشروط او
دونه ان جوزنا التخطي مع التعيين مثل ان يزرع شعيرا ياخذه قصيلا لان الانتفاع بها في
بعضها اقتضاء العقد ممكن وان لم يكن كذلك لم يصح لانه اكثر الزرع ما لا ينتفع به فيه فاشبه
اجارة السبخة وعلى هذا فيكون المراد بالانتفاع في العبارة الانتفاع بها بنوع اخر من الزرع
يمكن بلوغه في تلك المدة الا ان هذا لا يستفاد من العبارة لعدم وجود ما يدل لتقييده وان دل
الانتفاع على ظاهره وهو المطلق ورد عليه ما قلناه من لزوم الجواز مع عدم النفع اصلا على
الاحتمال الاول اعني احتمال الصحة مطلقا وهو باطل وكذا يرد ذلك على ما اذا شرط النقل
بعد المدة بل هو اظهر وبهذا يعلم ان ما فهمه الشارحان من اطلاق النفع لا يستقيم لانه عنده
به الفاضل وان المدة مع عدم كون النفع منتف مع اشتراطه فان قيل فكيف صح العقد مع شرط
النقل وجهاً واحدا مع ان احتمال التقييد بامكان الانتفاع ايضا قايم بعين ما ذكر من الدليل
قلنا الفرق انه مع اشتراط النقل لا يراد الزرع حقيقة انما يراد مجازا فلا حاجة الى اعتبار
الانتفاع بالزرع ح بخلاف ما اذا لم يشرط النقل ولقايل ان يقول انه اذا امكن الانتفاع بالتخطي المذكور
مع اشتراط النقل امكن اجراء اللفظ على حقيقته ايضا فيجي احتمال تقييد الصحة به كما في الاطلاق
وقوفا مع الحقيقة بحسب الامكان فاللازم احد الامرين اما ارتكاب المجاز فيهما بقرينة اشتراط النقل
في الاول وبقيد مدة لا يكمل فيها الزرع في الثاني او الاقتصار على موضع الانتفاع بالمزروع
بحيث يكمل بمقتضى التخطي وقوفا مع الحقيقة والاصح الصحة مطلقا لان القول بالتخطي عن ص
ولو قلنا به فكذلك تمسكا بظاهر اللفظ بل يتناول اللفظ كلا من النوعين بعمومه لا ان ارتكاب المجاز
خير من تخصيصه بواحد وينبغي التامل لذلك لانه مزلة قدم ويلي الاول احتمال وجوب الابقاء

ا[illegible] الابقاء الى الحصاد ... الاصل ... بلغ الحصاد ... الحكم الثاني

بالاجرة وجه الاحتمال انه غير منفذ بالزرع فوجب بقاؤه عملا بمفهوم قوله ع ليس لعرق ظالم حق مع
ضعف المفهوم ويحتمل العدم لانه دخل على ان لا حق له بعد المدة لان منفعة المدة هي المبذول في مقابلة
العوض فلا يستحق بالاجارة شيئا آخر ولا يرد اذا تعلقت ادراك الزرع بتجاوز المدة فان التكليف
بالازالة مع كونه معذورا وان ذلك مفض الى ضياع ماله ولم يدخل في حال العقد عليه بالمال فجمع
بين الحقين بوجوب الابقاء بالاجرة بخلاف ما اذا دخلها لا العقد عالما بعدم ادراك الزرع في
المدة فانه لا وجه لوجوب الابقاء ح وهو قوي واعلم ان الشارح قال في الحديث لسان الاصوليين
اجمعوا على حجية دلالة المفهوم في هذا الحديث وهذا فاسد من وجوه ان البحث عن هذا الحديث
ونحوه وظيفة الفقه دون الاصول والاجماع الذي ادعاه لم يسمع من احد الاصوليين ما يصدق
بعد التتبع الكثير ان حجية مفهوم الصفة المفهوم المخالف لم ينعقد الاجماع عليها في شيء مطلقا
فان دل دليل على حقية المفهوم فالحجية من جهة الدليل لا من جهة المفهوم ح انه حقيقة هذا المفهوم
المخصوص لم يثبت بدليل من اجماع ولا غيره فينبغي تامل ذلك ولو شرط التبقية الى وقت البلوغ
يجهل العقد وذلك لان محل البلوغ يحتمل الزيادة والنقصان فيتحقق باشتراطه الجهالة وذلك
يفضي الى جهالة العقد من حيث ان التراضي بالعقد انما كان مع الشرط فيبطل ذلك ولو استاجرها
للزرع سنة صح وله ان يزرع قبل الانقضاء فان شرط القلع بعد المدة او لم يشترط جاز القلع
ولا ارش على احدهما ويحتمل منع المالك من القلع لا الغارس لان بنائه يجوز لاستيجار للغرس
مدة معينة قليلة كانت او كثيرة بلا خلاف بين العلماء فاذا استاجر سنة فاما ان يشترط القلع
بعد السنة او يشترط التبقية او يسكت عنهما معا فان شرط القلع صح العقد اذ لا مانع ولعموم
قوله ع المؤمنون عند شروطهم فحينئذ يؤمر المستاجر بالقلع بعد المدة وليس على المالك ارش
النقصان بسببه عملا بمقتضى الشرط ولا يجب على المستاجر ايضا تسوية الارض ولا ارش
نقصها هنا ان نقصت لمثل ما قلناه ولو اتفقا على الابقاء باجرة او مجانا او على نقل الزرع
الى المالك للارض جاز لان الحق فيه لهما وان شرط التبقية بعد المدة لم يصح للجهالة لان المدة
فاشتراطها يقتضي تجهيل العقد وللشافعية قول بالصحة لان الاطلاق يقتضي الابقاء
عندهم فلا يضر شرطه وكلاهما مردود ويدفع البطلان يجب على المستاجر في المدة اجرة المثل
وبعدها الحكم على ما يذكر في الاطلاق وان اطلقا العقد ولم يشترطا واحدا منهما لا يمنع صحة
العقد عندنا وبعض الشافعية جعل الاجارة هنا كالاجارة مدة التزريع بعدها لزرع ما لا يدرك

ابن ضد م
وله العلم

مع عدم الشرط م

او ان اراد الاحتمال الاول وهو ما ذكر وهو الظاهر ... الاجارة ... وهو الاصح ... والله العالم

في المدة فحينئذ بعد المدة ان اختار المستاجر القلع كان له ذلك لانه ملكه فله اخذه ولا تقتضي
الاجارة مدة التفريغ بعدها ولا يجب عليه تسوية الحفر واصلاح الارض ولا ارش نقصها
لثبوت ذلك له بمقتضى الاجارة وهو مختار المص هنا وفي التحرير وصرح في التذكرة بوجوب الارش
وطم الحفر لانه ادخل النقص على ملك الغير بغير اذنه وتصرف في ارضه بالقلع لتخليص ملكه بعد خروجه
من يده وفيه منع لان تحديد المدة في الاجارة يقتضي التفريغ بعدها فيكون ماذونا فيه بهذا الاعتبار
بخلاف ما لو قلع في اثناء المدة وان اختار المالك القلع ففيه وجهان اصحهما على ما اختاره في التذكرة
ان له ذلك مجانا عملا بمقتضى تحديد المدة في العقد ويحتمل منعه من القلع مجانا لانه غرس محترم
صدر بالاذن ولمفهوم قوله عم ليس لعرق ظالم حق وفائدة التحديد بالمدة جواز ان يكون منع
احداث الغرس بعدها ويضعف بان الغرس بعد انقضاء المدة لا استحقاق له بمحترم وليس بحق
على انه لو كان مستحقا للابقاء لم يجب الاجرة كذا قيل وفي هذا الاخير نظر لانه انما كان مستحقا للبقاء
بالاجرة لا مطلقا واما تحديد المدة فيما ... ان المراد به تعيين قدر المنفعة المستحقة بالاجارة اذ لا
تتعين الا بالزمان اذا عرفت ذلك فاعلم ان قول المص ولو استاجرها للغرس سنة صح اراد به المخالفة
لاستيجارها للزرع مدة لا يدرك فيها فان في الصحة كلاما والفرق ان للزرع مدة تنتظر ولا يكمل
بدونها وهي المقصودة غالبا بخلاف الغرس فانه للتابيد فلا يتفاوت فيه المدة قصيرة كانت
او طويلة وان كان يبقى في الطويلة جدا لكن ليس لمنتهاه حد الا امد معلوم بحسب العادة وقوله
ان يغرس قبل الانقضاء اراد به المخالفة بين الغرس وبين استيجار الزرع مدة تكفيه ثم يتراخى الى
ان يبقى منها ما لا يكفي فانه يحتمل منعه حتى من الزرع والفرق ما قلناه وقوله ويحتمل مع عدم الشرط منع المالك
من القلع الا بالارش اراد به اذا لم يشترط القلع في العقد يحتمل منع مالك الارض من قلع الغرس
مجانا من دون ارش النقص بدليل قوله بعد وبين قلعهما مع ارش النقص وما اختاره هنا وفي
التحرير اقوى فلكل منهما القلع مجانا وهل يجبر المستاجر عليه لو امتنع لم يتعرض له المص هنا لكن
استحقاق القلع يقتضيه لانه فرع عدم استحقاقه الابقاء فيكون ظالما به وهو قوي متين فيتخير بين
دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع ارضه وبين قلعهما مع ارش النقص وبين ابقائهما باجرة المثل
هذا تفريع على الاحتمال اعني احتمال منع المالك من القلع مع عدم الشرط اي فعلى هذا يتخير بين
ثلثة اشياء احدها دفع قيمة الغرس والبناء ولم يجر للبناء في اول المسألة ذكر لكنه كالغرس في
ذلك فاذا دفع قيمتهما الى المستاجر ملكهما مع ارضه وبيت كلا الاطلاق ذلك لان تملكهما الغير بالقيمة

ان م

من دون

من دون رضاه باطل بنص الكتاب والسنة والكل لا يقول به وقد سبق في كلامه في العارية والشفعة والغصب مما يشهد لذلك وان كان حكم الغصب قد خالف الباقي نعم يستقيم هذا على قول الشيخ الآن تنزيل العبارة عليه بعيد فلا بد من التقييد بالرضا كما صرح به في التذكرة وان توقف في التحرير لمنافاة القلع مع ارش النقص وهو واضح لان فيه جمعا بين الحقين وطريق معرفة الارش هنا ان يقوم قائما بالاجرة ومقلوعا فالتفاوت بين القيمتين هو الارش لمنافاة الابقاء باجرة المثل ويجب ان يكون هنا مقيدا برضى المستاجر ايضا كما فعل في التذكرة لان بقاء الغرس والبناء في الارض لو كان واجبا لكان وجوبه لكونه حقا للمستاجر فلا يمنع من القلع فكيف يمنع منه بدون التفريغ لا يقال يلزم منه التصرف في ملك المالك بغير اذنه لانا نقول بل هو باذن لما قلناه من ان تحديد المدة في الاجارة يقتضي انتفاء الاستحقاق والتفريغ بعدها

قوله وان استاجر للسكنى وجب مشاهدة الدار او وصفها بما يرفع الجهالة وضبط مدة المنفعة والاجرة اذا استاجر دارا للسكنى فلا بد من معرفة الدار اما بالمشاهدة او وصف الدار المعينة التي يراد اجارتها بما يرفع الجهالة ويدفع الغرر ولا يجوز اجارة دار موصوفة في الذمة لما نبهنا عليه في اول كتاب الاجارة من ان ذلك لا ينضبط بالوصف اذ لا يجوز السلم فيه ولا بد من ضبط المنفعة بذكر مدة السكنى بحيث لا يحتمل الزيادة والنقصان وكذا الاجرة على ما سبق دفعا للغرر عن العوضين

قوله ولو استاجر سنين باجرة معينة ولم يقدر لكل سنة قسطا صح لوجود المقتضي وانتفاء المانع كما لو باع اعيانا مختلفة قيمتها لا يجب تقدير حصة كل عين منها وكما لو آجر سنة لا يجب تقدير حصة كل شهر وكذا الشهر لا يجب تقدير اجرته على ايامه وقال بعض الشافعية يجب ان يقدر حصة كل سنة من الاجرة لان الاجارة معرضة للفسخ بتلف المعقود عليه ونحوه فاذا اطلق الاجرة لجميع المدة ثم لحقها الفسخ بتلف العين او غيره تنازعا في قدر الواجب واحتيج الى التقسيط على اجزاء المدة على حسب قيمتها وذلك مما يشق ويعسر جدا وبالتقدير ينتفي ذلك ويبطل بالسنة الواحدة وبما دونها فان ما ذكروه وارد فيها والنزاع ينقطع بتوزيع الاجرة على منافع السنين كالسنة اذا انفردت هذا فلو قدر حصة كل جزء من اجزاء المدة من الاجرة تعينت وفاء بما وقع عليه العقد

قوله ولو سكن المالك بعض المدة تخير المستاجر في الفسخ في الجميع او في قدر ما سكنه المالك لان المدة فاتت فيسترد نصيبه من المسمى وفي امضاء الجميع فيلزمه المسمى وله اجرة المثل على المالك فيما سكن لانه اذا سكن

المالك الدار الموجرة بعض مدة الاجارة كان غاصبا فيتخير المستاجر بين فسخ العقد في الجميع لفوات بعض
ما وقع عليه العقد بفعل المالك فتبعضت الصفقة فيسترد المسمى ان فسخ وبين الفسخ في قدر ما
سكنه المالك لانه الذي فات ولا يقدح بتبعض الصفقة على المالك هنا لان ذلك بفعله فان فسخ
فيه وجب التقسيط على نحو ما سبق فيسترد نصيب ما سكنه المالك من المسمى وبين امضاء الجميع فيلزمه المسمى
وله اجرة المثل على المالك فيما سكن لانه عوض المنفعة المستحقة له وفي التحرير ان اجرة المثل لو نقصت
عن المسمى لا يلزم المستاجر الزايد وهو حسن ولا فرق في ذلك بين كون سكنى المالك قبل القبض
او بعده بخلاف غصب الاجنبي فانه موجب للخيار قبل القبض لا بعده بخلاف غصب الاجنبي
فانه موجب للخيار قبل القبض لعدم حصول التسليم الواجب بالعقد لا بعده فيكون الغصب من
المستاجر ويثبت الخيار فيما لو سكن الموجر بعض المدة في ذلك البعض دون غصب الاجنبي على الا صح
كما سبق والفرق كون ذلك من قبل المالك فهو المبعض للصفقة حيث ان المنافع لكونها معدومة
وانما توجد على التدريج لا تسليمها دفعة واحدة فاذا رفع يد المستاجر عن العين ووضع يده يمكن م
كانت مضمونة لان المستاجر لم يتسلمها ومن ثم لا نفرق بين ما اذا كان ذلك قبل تسليم العين الى المستاجر
وبعده بخلاف ما اذا غصبها غاصب اجنبي بعد التسليم لان الواجب على الموجر وهو تسليم العين قد
وجد وتمت المعاوضة فلا يجب على الموجر حفظها من ان يغصبها غاصب لان الواجب عليه بمقتضى عقد
الاجارة وهو رفع يده عن العين وتسليمها الى المستاجر قد فعله اما وضع يده على العين ومنع المستاجر
من المنافع فانه ممنوع منه وهو قادر على اجتنابه فاذا اقدم عليه فقد اتلف المنفعة على المستاجر
قبل قبضها فيترتب عليه الحكم وتقدمت المسألة في التذكرة فيما لو استاجر الدار سنة فسكنها شهرا ثم تركها
وسكنها المالك بقية السنة بانه يتخير بين الفسخ في باقي المدة والزام المالك باجرة المثل او امله
ان يسكن المساوي له او الادون لا الابعد التخصيص اي للمستاجر ذلك وظاهر العبارة ان هذا الحكم
فيما اذا استاجر الدار للسكنى من دون تعيين الساكن وهو صحيح في نفسه فانه لا يجب تعيين
الساكنين ولا ذكر عددهم وصفتهم من رجال ونساء وصبيان خلافا لبعض الشافعية
بل ولا يجب ذكر السكنى ولا منفعتها تمسكا باصالة البراءة فاذا استاجر دارا للسكنى ومطلقا
صح وملك منافع سكناها فله ان يسكن بنفسه ومن شاء معه من عياله ومن يتبعه وله ان
يسكن من يشاء ممن يساويه في الضرر ويحط عنه فيه نظرا الى ان اطلاق العقد وان لم
يقتض تعيينه لكن ظاهر الحال اقتضى تقدير حال الساكن بحال المستاجر في الضرر ونقل

صح

عدم

عدم الخلاف في ذلك في التذكرة ولا يمنع من دخول زائر وضيف ونحوهما حملا على المتعارف اذا عرفت ذلك فلو استاجر للسكناه فهل يتعين صرح في التذكرة فيما اذا استاجر الارض لذرع معين حيث يجوز له التخطي الى المساوي والاقل ضررا انه يجوز التخطي في الاستيجار للسكنا الى المساوي والاقل ضررا وعلى ما اخترناه في الذرع لا يجوز التخطي هنا ايضا (و) يضع فيه ما جرت عادة الساكن من الرحل والطعام دون الدواب والسرجين والثقيل على السقف وله ادارة الرحى في الموضع المعتاد فان لم يكن له التحديد لا ريب ان وضع الرحل الذي هو الامتعة والطعام واحراز الثياب وغيرها مما لا يضر بها جايز والعادة مطردة به اما الدواب فلا يجوز جعلها فيها لانها تروث وتفسدها وهل يلحق بها نحو الدجاج والاوز يحتمل اللحاق وتحكيم العادة قريب وكذا لا يجعل فيها السرجين ولا يضر بها ولا يضع فوق سقفها ثقيلا لانه يكسر خشبه او يضعفه ولا يجعلها محرزا للطعام الا لقوته وما جرت العادة به لان الفار يفسد ارضها وحيطانها ولا يسكنها حدادا ولا قصارا ونحوهما ويجوز ذلك كله مع الشرط وله ادارة الرحى على حسب العادة لا بدونها سواء المثبتة وغيرها ولا بد في اثبات الرحى من جريان العادة بذلك او اشتراطه لانه يحتاج الى تجديد شي من البناء (و) يجوز استيجار الدار لتعمل مسجدا يصلى فيه لان ذلك غرض مقصود محلل متقوم نعم لا يثبت لها حرمة المسجد فيكون اطلاق عملها مسجدا بالمجاز باعتبار ثبوت مقصود المسجد لها وهو اعدادها للصلوة (و) اذا استاجر الى العشاء او الى الليل فهو الى غروب الشمس وذلك لان صلوة العشاء التي هي العتمة يقال لها العشاء الآخرة وذلك ان الاولى هي المغرب فاذا قيدت المدة في الاجارة بالعشاء حمل الاطلاق على اول الوقت كما اذا اقت بشهر كذا فانه يحمل على اول الشهر وكذا التاقيت بالليل يحمل على اوله فيكون في الموضعين الغاية غروب الشمس وذهب ابو حنيفه الى ان تاقيت المدة بالعشاء يقتضي كون آخرها زوال الشمس وكذا العشي لانه يتعارف الزوال اي وكذا العشي اذا اقتت المدة به فهو الغروب عملا بالمتعارف الا ان يكون المتعارف انه زوال الشمس ويحتمل ان يكون الاستثناء راجعا اليه والى العشاء فان العرف اذا استقر على ان العشاء هو الزوال وجب المصير اليه الا ان هذا بعيد عن التفاهم في العشاء بخلاف العشي ولا دليل على ان احدهما هو الآخر (و) لو قال الى النهار فهو الى اوله فان الانتهاء الى اوله يصدق معه الانتهاء اليه (و) اذا تلفت الاجرة المعينة في يد المستاجر فالبناء للموجر ان كان منفصلا اي اذا كانت الاجرة معينة اما التعيين بتشخيصها في العقد او بتعيين المستاجر

شيئا م

الفصل الثالث في الاحكام اذا استاجر دارا

ولو قال نهارا فهو من الفجر الى الغروب وليلا الى طلوع الفجر منه

ما في ذمته في شي وقبض الموجر اياه او وكيله وحينئذ فنما بها في يد المستاجر للموجر لانه تابع للملك جار
وهذا اذا كان منفصلا كالولد والثمر ولا يخفى ان النماء المتصل ايضا كذلك لكنه مع انفساخ الا
يتبع العين في الرجوع الى ملك المستاجر فلذلك قيد بالمنفصل قوله فان انفسخت الاجارة ففي التبعية
اشكال ينشا من انه نماء حصل في ملكه فيختص به ومن انه انما دخل في ملكه بتبعية الاصل وقد خرج
الاصل عن ملكه فليتبعه النماء وهو ضعيف لان الاصل انما خرج من ملكه لانفساخ الاجارة التي
هي سبب ملكه اياه فوجب عود كل من العوضين الى مالكه واما النما فليس سبب ملكه عقد الاجارة
بل ملك الاصل في وقت حصول النما وهذا الحكم لم يزل والاستصحاب والاصح عدم التبعية وربما
بني الوجهان على ان الفسخ يرفع العقد من اصله او من حينه ولا ريب في فساد الاول قوله بخلاف
المتصله وظهور البطلان فانهما تابعة فيهما اي بخلاف النماء المتصل فانه تابع للاصل اذا عرض الفسخ
الانفساخ لانه جزء من المستمي حقيقته فيمتنع الانفساخ في الاصل وبقاء الجزء لما في ذلك من المحرز مع
لزوم ملك جزء من احد العوضين مع فوات الآخر جميعه وهو باطل وكذا اذا انفسخ البيع وقد زاد
احد العوضين زيادة متصله فانها تتبع الاصل لمثل ما قلناه وكذا اذا ظهر بطلان عقد الاجارة لوجود
مانع او فقد شرط فان كلا من العوضين باق على ملك صاحبه فالنماء له سواء كان متصلا او منفصلا
لانه نماء ملكه والضمير المزيد في قول المصنف فانها تابعة فيهما يعود الى المتصله التي هو صفة لمحذوف
وهو النماء بتاويل الزيادة فان النماء زيادة والمثنى يعود الى المتصل في الانفساخ والمطلق في
ظهور البطلان قوله والاقرب عدم ايجاب الخيوط على الخياط وجه القرب ان الاجارة انما تقع على
المنافع بالاصالة فلا يجرى على الاعيان ولا يتناولها ويحتمل وجوبها عليه لتوقف الخياطة عليها
والاصح عدم الدخول الا ان تطرد العادة بكونها على الخياط فيدخل تنزيلا للاطلاق على المتعارف قوله
والاستيجار لكل من الحضانة والرضاع لا يستتبع الآخر اي لا استيجارها فتوسع باطلاق الاستيجار
عليهما ثم ان الارضاع والحضانة منفعتان مستقلتان غير متلازمتين فلا تدخل احديهما في العقد على
الاخرى ويجوز افراد كل منهما بعقد ولا يستتبع المعقود عليها الاخرى لان الحضانة عبارة عن
حفظ الطفل وتعهده بغسله وغسل راسه وثيابه وخرقه وتطهيره من النجاسات وتدهينه وتكحيله
واضجاعه في المهد وربطه وتحريكه لينام والارضاع امر خارج عن ذلك وقال بعض الشافعية ان
كلا منهما يستتبع الآخر لانه لا يتولاهما في العادة الا المراة الواحدة وليس بشيء وآخرون ان الارضاع
يستتبع الحضانة دون العكس لان الاجارة انما تقع على المنافع والاعيان تابعة ويرده ان هذا

الزيد

٢٨

عدوه

جزد مستثنى بالنص على ان الاستيجار للارضاع يتناول منفعة وعيناً قوله فان ضمهما فانقطع اللبن
احتمل الفسخ لانه المقصود والتقسيط والخيار هذه الاحتمالات الثلثة انما تتفرع على الاقوال
الثلثة في كون الحضانة والارضاع مستقلين وعدمه وقول المصنف لانه المقصود يرشد الى ذلك
لكن لا يخرج ذلك لان المتبادر من العبارة ان الاحتمالات على ما اختاره المصنف ان كل واحد منهما لا
يستتبع الآخر وفي قوله احتمل الفسخ توسع لان المطابق للتعليل والمقصود في التذكرة الانفساخ
وتحقيق ما هناك انه اذا استاجر للارضاع والحضانة معاً فانقطع اللبن فان قلنا ان المقصود بالذات
والمعقود عليه بالاصالة هو الارضاع انفسخ العقد لفوات مقصود الاجارة ولا اعتبار بالاجارة
لتبعيتها وان قلنا المعقود عليه بالاصالة الحضانة والارضاع تابع لم يبطل العقد لبقاء المعقود
عليه بكماله لكن للمستاجر الخيار لان انقطاع اللبن عيب وان قلنا باستقلالهما وان كلاً واحد
منهما مقصود بنفسه انفسخ العقد في الارضاع وسقط قسطه من الاجرة ويتخير المستاجر في
فسخه في الباقي لتبعيض الصفقة واذا عرفت ما قلناه ظهر لك ان الذي يتفرع على مختار المصنف هو التقسيط
والباقي ساقط ولو انه اتى بالاحتمالات الثلثة في التجويه بين الارضاع والحضانة وعدمها لحسن
ما ذكر ويثبت الاحتمالات على التفريع على الاحتمالات في الاصل وقد اضطرب كلام الشارح حيث
جعل المذكور في العبارة احتمالين الفسخ والحكم بالتقسيط ولا شك انه غلط لان المراد حصول
الفسخ في الجميع ولولاه لكان قول المصنف لانه المقصود فاسداً الثاني الخيار في حواشي شيخنا
ان التقسيط ملزوم للخيار باعتبار تبعض الصفقة فلا يجعل احتمالاً برأسه ومقتضاه كونها احتمالين
الانفساخ في الكل والانفساخ في البعض مع ثبوت الخيار وهذا وان كان صحيحاً في نفسه
الا انه غير مراد لان ظاهر العبارة كلا منهما لامور الثلثة ولو كان الحال كما ذكر لبنى الحكم على القول
بان اللبن تابع والخيار الذي اراده مع التقسيط لا نسلم له لان تبعض الصفقة يتقيد قوله وفي
ايجاب الحبر على الناسخ والكش على الملقح والصبغ على الصباغ اشكال ينشا من ان المنافع المستاجر
عليها متوقفة على ذلك ومن انعقاد الاجارة لا يقع على الاعيان والاصح الرجوع الى العادة المطردة
فان انتفت لم يجب وكان المصنف انما افتى في الخيوط بعدم الوجوب وتردد هنا نظراً الى عدم
استقرار العادة بكونها على الخياط بخلاف الحبر والصبغ قوله ولو قدر المالك على التخلص لم يجبر
عليه اذا كان الغصب بعد القبض لانه تادى ما يجب عليه بمقتضى الاجارة بتسليم العين
الى المستاجر قوله ولا على العمارة سواء قارن العقد الخراب كما اذا اخلى او تجدد بعد العقد

بالحضانة م

نعم ثبت له خيار الفسخ اي لا يجبر المالك على العمارة سواء احتيج الى عين جديدة كاصلاح ما يحتاج اليه او
احوجت وسواء قارن الخلل العقد او تجدد لان ذلك ملكه ولا يجبر على عمارة ملكه ويحتمل ثبوته عملا بمقتضى
العقد وفي اقتضائه العمارة نظر نعم يثبت للمستاجر الخيار لوجود العيب وهل له ارش لو اجاز
ام لا الحكم كما سبق وينبغي ان يكون ذلك حيث لم يعلم بالعيب فان علم به لم يكن له فسخ ولو ان المالك صنع
العمارة حين علمه قبل العقد فليس ببعيد ثبوت الخيار مع الاخلال بها وعلى المالك تسليم المفتاح
دون القفل لانه تابع للغلق المثبت ولا يتم الانتفاع الا به بخلاف مفتاح القفل حيث لا يجب تسليم
القفل لان الاصل عدم دخول المنقولات في العقد الوارد على العقار الا بعادة او تبعية وان
ضاع بغير تفريط لم يضمن المستاجر لانه امين وليس له المطالبة ببدله كما في العمارة ويحتمل
استحقاق المطالبة بالبدل كالاحتمال في العمارة ومتى لم يبدله فالظاهر ثبوت الخيار كما لو خرب
شيء من الحيطان او ذهب شيء من الابواب وعلى المالك تسليم الدار فارغة وكذا البالوعة والحش
ومستنقع الحمام ليثبت التمكن من الانتفاع الواجب بالاجارة والحش بثلث المهملة هو المخرج
ذكره في القاموس فان كانت مملوءة فظاهر هنا ثبوت الخيار وفي التذكرة اوجب على المالك
التفريغ وحكم بثبوت الخيار مع اهماله وهو الصواب لان التفريغ لا يجب قبل العقد لان حق المستاجر
انما يثبت به والتمكن من الانتفاع بسلامة العين لا يخفى ومبادرة المالك الى ازالة الامر العارض
حاصل لانه العرض ولو فات بالتفريغ شيء من النفع ثبت الخيار ومثل هذه الاحكام في البيع فان تجدد
الامتلاء في دوام الاجارة احتمل وجوبه على المستاجر لانه بفعله وعلى الموجر لتوقف الانتفاع
عليه ضعف دليل الثاني لانه ليس كلما توقف الانتفاع عليه بعد تسليم العين وتمكين المستاجر منها
التمكين التام يجب على الموجر فانه ينتفع به الغاصب عند انتهاء المدة بل التنقية من الكناسات اي لا يجب
تنقية المذكورات لانتفاء المقتضي والاصل البراءة اما الكناسات الحاصلة في دوام الاجارة
فعلى المستاجر لانها حصلت بفعله فان اراد ان يكمل له الانتفاع فليرفعها وتقتضي عبارة الكتاب
وجوب رفعها عند انتهاء مدة الاجارة وتردد المص في التحرير وللنظر فيه مجال ولو كانت موجودة
وقت العقد فهل يجب على المالك رفعها لم اجد بذلك تصريحا وقوة الكلام تشعر بالعدم ولعله
لكون الانتفاع لا يتوقف عليه واعلم ان المص حكي في التذكرة عن الشافعية انهم فسروا الكناسة التي
يجب على المستاجر تطهير الدار عنها بالقشور وما يسقط من الطعام ونحوه دون التراب الذي
يجتمع بهبوب الرياح لانه حصل لا بفعله وهذا التفسير حسن اذ قلنا بوجوب التطهير من الكناسة

قال في التذكرة لا يجب على الموجر عمارة الدار ويجب
عليه ابدال الآلات الذاهبة واصلاحها والجديد للتجديد
واصلاحه وابداله فكذا الفرق ان الدار انما
تقع الاجارة على عينها فان كانت معمورة
ثم خربت فالمستاجر قد ذهب وان كانت
خربة فهي التي وقع عليها العقد فلا يجب
شيء آخر لا يتعلق به العقد بخلاف ...
الذي قد يكون في الذمة ولا يختص بعين ...
والعود وان وقع على الدابة بعينها لكن
... الاكاف ونحوه
... لا بعين فيكون
... وجوبه في الذمة
... فيجب تحصيله وابداله
صح

قوله صح

لا يخفى صح
كذلك ولا يجب مع ان الاصل براءة الذمة
والذي اقتضاه عقد الاجارة انما هو
تسليم العين مفرغة وقد حصل قوله ولا يجب
على المستاجر التنقية صح

على المستاجر

على المستاجر عند انقضاء المدة واعلم ايضا ان كنس الثلج عن السطح من وظيفة المالك كالعمارة فان تركه
وحدث عيب ثبت الخيار وبدونه اشكال التفاتا الى تعذر الارتفاق بالسطوح اما الثلج في العرصة
فان خف ولم يمنع الانتفاع فكالتراب الحاصل بهبوب الرياح وان كثف فاشكال من توقف الانتفاع
قد وقع ظ — عليه ومن عدم تناول عقد الاجارة له فان التسليم الواجب بمقتضى العقد قد وقع ولا يجوز طرح
التراب والرماد في مسيل ماء الدار ولا القاء الثلج ولا صب الماء وكذا كل ما يضر ولم تجر به
العادة ورماد الاتون كالكناسة فلا يجب على المالك في دوام الاجارة بل هو من وظيفة المستاجر
مسيل ار — ويجب عليه التنقية منه عند انتهاء الاجارة وفيه التردد وهل يجب على المالك في هذه الاجارة
لم اجد به تصريحا لكن يتجه القول بالوجوب لتوقف التمكن من الانتفاع الواجب عليه كالمستنقع
قوله ولو استاجر ارضا للزرع ولها شرب معلوم والعادة تقتضي التبعية دخل الشرب لان الاطلاقات
على المتعارف ولان الظاهر ان استيجارها للزرع انما هو للتعويل على دخول شربها ولو
وجه م — اضطربت بان يستاجر الارض منفردة تارة ومع الشرب اخرى احتمل التبعية وعدمها الاول توقف الزراعة — العادة م
التي هي المقصود عليه ووجه الثاني عدم تناول العقد له وانتفاء العادة المقتضية للدخول فلا وجه
للدخول والتحقيق ان يقال اما ان يكون هناك ماء اخر يمكن شرب تلك الارض منه اولا فان كان الاول
لان استيجارها منفردة م — فلا وجه للدخول اصلا وان كان الثاني لم يستقم قوله بان يستاجر الارض منفردة للزرع في
تكيف م — هذا الزمن لا يتصور مع توقف الزرع على الشرب لكونه في زمن وقوعه حتى لو وقع كان العقد
باطلا ويمكن ان يريد المص بالاحتمالين صحة الاجارة على تقدير التبعية وفسادها بعدمها اذ لا
يصح عدم الدخول الا مع وجود القرينة الدالة عليه كالمساومة على الارض والشرب معا ثم يوقع
العقد عليهما اعتمادا على ما سبق ونحو ذلك وهل يكفي للدخول علمهما بعدم امكان الزرع بدونه
مع ان المستاجر يحتمل ذلك صيانة لتوطيهما عن اللغو ولو زرع ارضا لمعين فللمالك المسمى
وارش النقص كما لو عين الحنطة فزرع الذرة ووجه ما ذكره المص انه استوفى منفعة الارض
المعقودة المقابلة بالمسمى مع شيء اخر فيجب عليه المسمى وارش النقصان الزائد على زراعة الحنطة
ويحتمل ان يجب عليه المسمى واجرة المثل للزيادة لانه استوفى شيئين ويحتمل وجوب اجرة المثل
لان المعقود عليه م — لما زرع لانه استوفى غير المعقود عليه هو الانتفاع بزرع الحنطة وزرع الذرة غيره قطعا
ولانه لا استيفاء الارض المستحقة بالمسمى لزرع الحنطة في زرع الذرة لانه لم يستحقها بالمسمى — منفعة م
الا على ذلك الوجه المخصوص لانه لم يحصل وهذا اقوى وذهب المص في التذكرة الى التخيير للمالك

[illegible]

بين الامرين ويختلج بخاطري ان الاجرة عن المنفعة حتما ان لا يندرج فيها ارش النقص وزيادته
فان ذلك يحتاج ولعل هذا هو المراد هنا اذا لم يعلم المالك لا بعد الحصاد اما ان علم قبله وبعد الدفع
فلمالك اجباره على القلع لانه عاد بذلك ثم ان تمكن زراعة الحنطة دون غيرها والا لم يدفع وعليه الاجرة — اجباره
لجميع المدة لانه الذي فوت نفسه مقصود العقد ثم ان لم تمض مدة تتأثر بها الارض فذاك وان
مضت فالمستحق اجرة المثل ام قسطها من المسمى وزيادة للنقصان ام يتخير بينهما فيه ما سبق كذا
قال في التذكرة وينبغي ان لا يعتبر تأثر الارض بل مضي مدة لمثلها اجرة وعليه ز والنزول على
المستاجر وكذا الرشا والدلو للاستقاء اطلق الحكم هنا وفصل في التذكرة فقال ان استاجر الدابة
للحمل فالوعاء الذي ينقل فيه المحمول على المكري ان وردت الاجارة على عين الدابة وعلى المكري ان كانت
في الذمة لانها اذا وردت على الدابة فليس عليه الا تسليم الدابة بالاكاف وما في معناه وان كانت في
الذمة فقد التزم النقل فليهيئ اسبابه والعادة مؤيدة وان استاجر للاستقاء فالدلو و
الحبل كالوعاء في الحمل هذا كلامه ثم حكى عن بعض الشافعية الفرق في اجارة الذمة بين ان يلتزم الغرض — ان المستاجر عليه م
مطلقا ولا يتعرض للدابة فتكون الالة على المكري وبين ان تتعرض لها فيتبع العادة فاذا اضطربت
فكالاول الامرين محتمل ثم قال والمتبع فيهما العادة فان اضطربت فالاقوى اشتراط التقييد في
صحة العقد والذي يقتضيه النظر ان العادة اذا اطردت باحد الامرين واستقر ذلك عرفا وجب
حمل الاطلاق عليه نظرا الى حمل اللفظ على المتعارف وان اضطربت فاعتبار ورود الاجارة
على دابة معينة او التزام النقل او الاستقاء فتجب الالات على المكري في الاول وعلى المكري في
الثاني متجه ولو شرطا شيئا وجب اتباعه واعلم ان الرشا بالكسر هو الحبل — ان يلزم المكري بعد البئر والاستقاء — وينزع الثوب
المستاجر ليلا ووقت القيلولة اما نزعه ليلا فلجري العادة بنزع الثوب ليلا فعلى هذا
لو اعتيد خلاف ذلك في بعض البلاد واطرد وجب الحمل عليه لان البيتوتة ثم قال نعم لو كان المستاجر
القميص الفوقاني نزعه في القيلولة وفي سائر اوقات الخلوة ولو قيل باتباع العادة في ذلك كان
اولى لانه ان كان حسنا وثياب التجمل تلبس في الاوقات التي جرت العادة بالتجمل فيها ويجوز الاتزار
به على اشكال دون الارتداء ينشأ من ان اللبس يقع على الارتداء حقيقة ولانه اخف ضررا
من غيره ومن ان المتعارف من اللبس غيره فلا يحمل الاطلاق عليه والاصح ان اللبس في كل شيء
بحسبه فان كان الثوب مخيطا لم يجز الارتداء به اذا استاجره للبس اذ الارتداء لا يعد لبسا
بالنسبة الى هذا الثوب بخلاف ما لو كان رداء اما الاتزار بالثوب المخيط فلا يجوز قطعا لانه

تعليلية ينفي اعتبار النزع في القيلولة (ايضا)

عليه مع الاطلاق واما النزع وقت
القيلولة فان فيه احتمالا وقرب المص
عدم وجوب نزعه لقضاء العادة
بالقيلولة في الثياب م

مع خلاف

الفصل الرابع ...

العين امانة في يد المستاجر لا يضمنها الا بتعد او تفريط في المدة وبعدها ع مت

مع مخالفته للبس شاهد راسه قوله في المدة وبعدها اذا لم يمنعها مع الطلب لانه لا يجب على المستاجر رد
العين الى الموجر ولا مؤنة ذلك وانما يجب عليه التخلية بين المالك وبينها كالوديعة واوجب
بعض العامة الرد بعد المدة ومؤنته لانه غير ماذون بعدها في الامساك ولانه اخذ
لمنفعة نفسه كالمستعير ونحن نقول وان لم يكن ماذونا في الامساك من المالك لكن لا يجب
عليه الرد بل التخلية فاذا فعل ما وجب عليه فلا تقصير حينئذ ولا تعدي لان يده في
الاصل يد امانة ولو منعها مع طلب المالك بعد المدة ضمن قطعا قوله سواء كانت الاجارة صحيحة
او فاسدة اما الصحيحة فظاهر للقطع بان ذلك من مقتضياتها واما الفاسدة فلان كل
عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وبالعكس قوله ولو ضمنه الموجر لم يصح اي لو ادرج
قوله بان شرطه في العقد فالاقرب بطلان العقد اي لو شرط الضمان مع التلف ولو بغير تعد فالشرط
باطل قطعا لانه خلاف مقتضى الاجارة وهل يبطل العقد ببطلانه الاقرب عند المص نعم لان
التراضي على العقد انما وقع بالشرط الفاسد ولا رضى بدونه فلا يكون العقد بالتراضي
فلا يكون صحيحا لقوله تع الا ان تكون تجارة عن تراض ولان العقود تابعة للقصود والمقصود
هو العقد بالشرط لا العقد وحده ويحتمل صحة العقد وبطلان الشرط لان الرضا بامرين رضى
باحدهما وليس كذلك لان الرضى باحدهما ربما كان مشروطا بالآخر وهنا كذلك والاصح بطلانهما بها
معا قوله واذا تعدى بالدابة المسافة المشترطة ضمنها كلها بقيمتها سواء كان
مالكها معها او انفرد بها المستاجر لانه بتحميلها الزائد عاد في اثبات اليد عليها الذي حتى
لو هلكت بسبب آخر كان ضامنا وكله اولى ولرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام فيمن ففيه نظر
يكاري دابة الى مكان معلوم فنفقت فقال ان كان جاز الشرط فهو ضامن ولم يستفصل
واطلق الضمان والمفهوم منه ضمانها وفرق الشافعي بين ما اذا لم يكن المالك معها فيضمن الجميع
كان فيضمن اما النصف لان السبب في التلف شيئان احدهما حق والآخر عدوان او يوزع
على المجموع ويعطي للعدوان بالتقسيط او يضمن الجميع فالاقوال ثلثة والاصح ما ذكرناه وفي
قول المص ضمنها كلها ايماء الى الرد على القولين الاولين قوله بقيمتها وقت العدوان ويحتمل اعلى
القيم من وقت العدوان الى التلف اي ضمنها بقيمتها الخ ويحتمل ضمان قيمتها وقت التلف وهو الا
صح وقد حققنا المسئلة في احكام الغصب والبيع وغيرهما والاقوال هنا هي الاقوال هناك والاكثر
واحد قوله وعليه اجرة الزيادة اي مع الضمان لانه استوفى بها منفعة زائدة على المستحقة فيضمن قيمتها

أي م

وهي اجرة المثل ولا فرق في الضمان بين ان يتلف في الزيادة او بعد ردها الى المشترطة الى المسافة
المشترطة او الى محمل القدر المشترط تحميله وذلك لان العدوان لا يزول بردها الى المشترط فلا
يزول الضمان ولو تلفت بعد ردها الى مالكها بسبب تعبها وشبهه ضمنها والا فلا ولو
تلفت الدابة بعد ردها الى مالكها في الصورة المذكورة فان كان لامر سابق في يد المستاجر كتعبها
في يده بعيب فتموت بسببه بعد وصولها الى يد المالك وكتعبها بسبب زيادة الحمل كما في بعض
النسخ وشبه ذلك فانها اذا تلفت بسببه بعد ردها الى المالك يضمن لاستناد التلف الى فعله
العدوان وان لم يكن تلفها بعد ردها الى المالك بسبب من قبله فلا ضمان لبرائته بتسليمها الى المالك بسليمه
ولا يسقط الضمان بردها الى المسافة اي المشترط في الاجارة لان العدوان لا يزول الا بالتسليم الام
الى المالك او من يقوم مقامه لتزول اليد العادية ولو ربط الدابة مدة الانتفاع استقرت الاجرة
ثم ان تلفت فلا ضمان قد سبقت هذه المسألة بعينها وانما اعادها ليبني عليها ما فرعه عليها وهو
وان ابقاه الاصطبل اذ لم يخرجها لانه امين لا يضمن الا بالتعدي او تفريط وهو منتف والفرض انتفاؤهما
وقالت الشافعية ان كان المعهود في مثل ذلك الوقت ان تكون الدابة تحت السقف كجنح الليل في الشتاء
فلا ضمان وان كان المعهود في ذلك الوقت لو خرج بها ان تكون في الطريق وجب الضمان لان التلف
والحالة هذه حادث من ربطها وليس بشيء لان مصادفة التلف لربطها انما قام الاذن فيه شرعا
لا يوجب الضمان لانتفاء المقتضي وكذا يد الاجير على الثوب الذي يراد خياطته او صبغه او قصارته
او على الدابة سواء كان مشتركا او خاصا اي كما ان يد المستاجر على العين المؤجرة يد امانة في الاجارة
الصحيحة والفاسدة فكذا يد الاجير على العين التي يراد منه فيها فعل معين كالثوب تراد خياطته اياه
او صبغه او قصارته وكالدابة التي تراد منه سواء كان مشتركا او خاصا كالثوب الذي تراد خياطته
اياه او صبغه له او قصارته وكالدابة الذي يراد منه رياضتها سواء كان وهذا هو المذهب الصحيح
لاصحابنا وقال المفيد والمرتضى ان الاجير ضامن لما تسلمه الا ان يظهر هلاكه ويشتهر بما لا يمكن دفاعه
او تقوم بينة بذلك احتجاجا ببعض الاخبار المعارضة بما هو اشهر منها مع قبولها الحمل على التعدي دفعا
للتنافي والعامة اختلفوا في تضمين الاجير المشترك والذي يؤتى فيه في تضمين المنفرد والمختار عدم
الضمان مطلقا الا بالتعدي او الجناية ولو تعدى في العين فعنها ضمن لان يده صارت بالتعدي
يد عدوان فكلما يحدث للعين من غصب ونحوه يوجب ضمانه كسائر الامور المضمونة واذا كانت
ارضا شرط زرعها نوعا فزرع غيره ما لد بذلك الرد على بعض الشافعية حيث قالوا انه

قوله م [illegible]

يمكن م

لرياضتها م
او تعليمها الخ
رياضتها م

بالتضمين اختلفوا م

لو ترك

لو شرط ذلك لم يصح الشرط لانه مخالف لمقتضى العقد وكان له ان يزرع ما شاء عملا بمقتضى العقد فانه
يقتضي استيفاء المنفعة كيف ما اختار وهو غلط لان ذلك ليس من مقتضيات العقد انما هو
من مقتضيات اطلاقه والشرط مخصص للاطلاق فلا يتم ما ذكره من منافاة الشرط المذكور
لمقتضى العقد واعلم ان قول المص وان كانت ارضا الخ وصلي لما قبله والمعنى انه اذا تعدى في
العين ضمن وان كان التعدي لكونها ارضا شرط زرعها نوعا فزرع غيره قوله ولو سلك
بالدابة الاشق من الطريق المشترط ضمن وعليه المسمى والتفاوت بين الاجرتين ويحتمل
اجرة المثل اما ضمانه فلا اشكال فيه لعدوانه واما وجوب المسمى والتفاوت بين الاجرتين
فلانه استوفى المنافع المعقود عليها وزيادة فالمسمى في مقابل المعقود عليه والتفاوت
بين الاجرتين في مقابل الزيادة المشقة عن الطريق المشترطة التي لم يتناولها العقد واما
احتمال اجرة المثل فلان المستوفى غير المعقود عليه قطعا وليس المعقود عليه جزءا منه
فان المعقود عليه هو الانتفاع بالدابة في الطريق المعينة والمستوفى امر آخر مباين له ويحتمل
ان المعقود عليه هو المنافع المخصوصة فاستحقها على ما عقد عليها على وجه مخصوص وقد فات
والمسمى انما هو في مقابلة ذلك المعين فاذا استوفى غيره وجبت اجرة المثل وهو الاصح
اذا عرفت هذا فاعلم ان قول المص والتفاوت بين الاجرتين يحتمل ان يراد بالاجرتين المسماة
واجرة المثل فانهما المذكورتان في العبارة وهو الذي فهمه الشارح عميد الدين لكنه يشكل بانه
ربما كان المسمى بقدر اجرة المثل للجميع فلا يكون هناك تفاوت فيلزم الظلم للموجر وربما كان
المسمى قليلا جدا لان الاجرة تزيد وتنقص لاختلاف الرغبات والاوقات والصواب ان يراد به
التفاوت بين اجرة المثل للمنافع المعقود عليها واجرة المثل لما استوفاه فاذا كانت اجرة المثل
عليها عشرة والمستوفاة خمسة عشر فالتفاوت خمسة دفعها مع المسمى وعلى ذلك الاحتمال قوله وكذا
لو شرط حمل قطن فحمل بوزنه حديدا الخ الصواب فتح الحاء من حمل على انه مصدر لان الكسر لا
يراد هنا لعدم انتظام اسم المصدر في هذه الجملة اي وكذا يجي الاحتمالان السابقان لو استاجر
لحمل مائة من القطن فحمل بوزنه حديدا لانه اشق منه من وجه فان الاول يدخله الهواء فيزداد
ويعم ثقله ظهر الدابة والثاني يجتمع بموضع من ظهرها فيكون نكايته فيه اشد فيحتمل المسمى
والتفاوت بين الاجرتين ويحتمل اجرة المثل والاصح الثاني قوله ولو شرط قدرا فبان الحمل ازيد
فان كان المستاجر تولى الكيل فلا بحث في ضمان الدابة ووجوب المسمى واجرة الزيادة وكذا لو تولى

من غير علم الموجر ضمن الدابة والزايد والمسمى وان كان الموجر فلا ضمان الا في المسمى على الموجر
الزايد ولا فرق بين ان يتولى الوضع من تولى الكيل او غيره اذا اشترط في الاجارة
حمل الدابة قدرا معينا فبان الحمل زايدا والنوع هو المشترط فلا يخلو اما
ان يكون المتولي للكيل هو الموجر او المستاجر او اجنبي فان كان
هو المستاجر فان تولى الحمل م

فيحتمل ر

ودلّس ح ل — المستاجر م

الحمل الموجر ولبّس عليه فاجبن بكيلها على خلاف ما هو به ولم يكن لانه قد غره فضعفت الماشي
ولو علم الموجر بالحال فلا ضمان على الموجر لتفريطه المؤجر بحمل الزيادة مع علمه بها ولا الظاهر
لا اجرة له عنها لتبرعه بحملها فينبغي ان يجب عليه ردها مع احتمال لزوم الاجرة لانه كالمعاطات
في الاجارة وان علم المستاجر بالحمل وسكت او اجر مع ذلك بالكيل لكن يا مع احتمال لزوم الاجرة
بالاخبار لكذبنا اذ نقصا طلب حمله المجموع فيكون حمل الزيادة مأذونا فيه ولو ان المستاجر
حيث تولى الكيل سكت فلم يخبر بشيء مع جهالة الموجر فتولى حملها ففي كون المستاجر غارا له
الغير اليه المجموع بمجرد الكيل وتهيئة ذلك للحمل احتمال كما في لا اكل فيا كله فان عددناه عذرا
لزمه اجرة الزيادة ولو كال المستاجر الطعام زائدا ثم ذهب عنه على وجه لا يعد تهيئة وجاء
الموجر فحمله ثم ظهرت الزيادة فلا شيء على المستاجر وان كان المتولي للكيل هو الموجر فان تولى الحمل
فلا ضمان على المستاجر ولا يجب عليه سوى المسمى لكن يجب عليه رد الزيادة الى البلد الاول سواء
علم المستاجر بالحال ام لا ولو تولى المستاجر الحمل فان كان عالما بالزيادة فكما لو كال بنفسه وان
كان جاهلا فان امر الموجر بالحمل فلا ضمان عليه وعلى الموجر رد الزيادة للعدوان وان لم يامره
ففي كون المستاجر مغرورا بفعل الموجر احتمال السابق ولو امره الموجر بالحمل مع علمه بالزيادة
ففي لزوم اجرتها نظر اذ ما عرفت هذا فهذا الخيار في الكتاب واعلم ان قوله فان كان المستاجر تولى
الكيل من غير علم الموجر لا حاجة الى التقييد بعدم علم الموجر اذا كان المستاجر هو المتولي للحمل ثم ان
ظاهر اطلاقها يقتضي تضمين المستاجر اذا تولى الموجر الحمل سواء اخبر كذبا ام لا وسواء امره
بالحمل ام لا وفي بعض الصور لا احتمال السابق ثم ان قوله وان كان الموجر فلا ضمان الا في المسمى
مع قوله ولا فرق بين ان يتولى الوضع من تولى الكيل او غيره يقتضي عدم ضمان المستاجر اذا
تولى الحمل سواء علم بالحال ام لا وسواء امره الموجر بالحمل مع جهله او علمه ام لا مع انه اذا كان
عالما بالحال ولم يامره الموجر يضمن قطعا ومع جهله يجي الاحتمال السابق واعلم ايضا
انه لا فرق في الزيادة في الكيل بالنسبة الى الاحكام المذكورة بين ان تقع عمدا او غلطا لان الغلط
لا يسقط الضمان ولا يعتبر ما يسير يحق مثله واعلم ايضا انه لو تولى الحمل على الدابة اجنبي عن
الموجر والمستاجر فان كان بامر من فعل الزيادة فالضمان على الامر مع جهل الاجنبي
لا مع علمه وكذا الوكان بامر الآخران عددنا مجرد الكيل والتهيئة عذرا وفيه ما سبق ثم انه *— للحمل م*
في كل موضع يكون رد الضمان مضمونا فالزيادة مضمونة بطريق اولى قوله وان تولاه اجنبي

الزيادة م

من غير

من غير علمهما انه متعمد بتعليمها = ان تولى الاجنبي مع الكيل الحمل فالكلام في ضمانه الدابة واجرة
الزيادة والزيادة وردهما وان تولاه احد المتعاقدين وهو عالم فالحكم متعلق به كما لو كان
وان كان جاهلا فان دلس عليه الاجنبي فكما لو حمل بنفسه والا فان عيّنا الكيل والاعداد
للحمل غيره ضمن والا فلا. ويضمن الصانع ما يجنيه وان كان حاذقا كالقصار يحرق الثوب
والحمال يسقط حمله عن راسه او يتلف بعثرته والجمال يضمن ما يتلف بقوده وسوقه وانقطاع
حبله الذي يشد به حمله والملاح يضمن ما تلف من يده او بجذفه او ما يعالج به السفينة للنص
والاجماع في ذلك كله سواء تعمد ام لا لان اتلاف مال الغير بغير حق ولا اذن لا يسقط
ضمانه ... وجوب ضمانه عدم التقصير في حفظه ولو قال وانقطاع الحبل الذي يشد به حمله كان
اشمل لان الحبل لو لم يكن للموجر وانقطع فتلف من الحمل شيء بانقطاعه فضمانه على الموجر
وان كان للمستاجر لان الموجر للنقل يجب عليه كما يقتضيه ... فان تلف شيء بسببه
في هذه الحالة ضمنه كانقطاع الحبل وهل يعتبر التلف بتعثر الدابة جناية منه للاجير في
حال وجوب كونه معها احتمال وعلة كانكسار السفينة فانه لا ضمان به لو تلف شيء من المتاع
بغير تقصير من الملاح ولا بفعله البتة وهذا بخلاف انقطاع الحبل فانه منسوب اليه لانه
من فعله ولرواية السكوني عن امير المؤمنين عليه انه كان لا يضمن من الغرق والحرق والشيء
الغالب والجذف بالدال والذال لغتان ذكر في الصحاح عن ابن دريد ان مجذاف السفينة بالدال
والذال جميعا لغتان فصيحتان والمراد بما يعالج به السفينة الحبل والخشبة ونحوهما والطبيب
والكحال والبيطار معطوف على ما سبق والمعنى انهم يضمنون اذا اتلفوا الا مع البراءة من
البالغ العاقل او ولي الطفل والمجنون لما روي عن علي ع من تطبب او تبيطر فليأخذ البراءة
من وليه والا فهو ضامن وكذا الختان والحجام قال في التحرير ولو لم يتجاوز محل القطع مع حذقه
في الصنعة فاتفق التلف فانهم لا يضمنون وهذا صحيح ان لم يكن التلف مستندا الى فعلهم
سواء كان مشتركا او خاصا وسواء كان في ملكه او ملك المستاجر وسواء كان رب المتاع حاضرا او غايبا
وسواء كان الحمل الساقط بالسوق والقود آدميا او غيره وفرق بعض العامة بين الاجير
المشترك والمنفرد كما سيجيء وكذا فرق جمع منهم بين ان يعمل الاجير في ملك نفسه فيضمن
ولا يضمن ان عمل في ملك المستاجر ومثله ما لو كان صاحب المتاع حاضرا فانهم اجروه كالاجير
الخاص في عدم الضمان ولا ريب في ضمان التالف بجناية الاجير بين كونه آدميا وغيره ولا فرق

فاذا استقط الراكب والمتاع بسوق الاجير وقوده ضمن ولو اتلف الصانع الثوب بعد عمله
تخير المالك في تضمينه اياه غير معمول ولا اجر عليه وفي تضمينه اياه معمولاً ويدفع اليه
اجره والسر فيه ان اجر العمل لا يستقر الا بعد تسليمه والفرض انه لم يسلمه فلم يستقر
عليه اجره وانما استحق تضمينه اياه معمولاً لانه ملكه على تلك الصفة فله المطالبة به على
كذلك لكن يجب عليه اجر العمل وهو المسمى ولو نقصت قيمة الثوب عن الغزل فله قيمة الثوب لا
قيمة الغزل لان النقص الحاصل بالنسج غير مضمون لصدوره بالاذن وحيث لم يكن لعمله اثر في
زيادة القيمة فليس للمالك مطالبة الاجير بشيء عنه اذ لا قيمة له ولا اجر له اذ لم يسلم الى المستاجر
عملاً ولا ما يقابله وكذا لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول فانه يتخير صاحبه بين تضمينه اياه
في الموضع الذي سلمه متعلقاً بتضمينه لا بقيمته فانه يلزم من استحقاق التضمين في ذلك الموضع
استحقاق قيمته فيه لانه موضع الضمان بخلاف ما لو علق بالقيمة فانه لا يلزم منه استحقاق
التضمين في ذلك الموضع ثم انه هل يفرق بين ما اذا زادت القيمة بالنقل وعدمه ظاهر
اطلاق العبارة العدم ولعله لكون استحقاق التضمين في موضع الافساد هو اثر استحقاق
رجوع الى اصله المسلم لا انه بيان لعدم الفرق المذكور
العمل المستاجر عليه اعني النقل فاذا رضي بالمطالبة في موضع الافساد فقد رضي بكونه
هقاله فيجب عليه المسمى له بخلاف ما اذا طالب بالقيمة في موضع التسليم ولو استاجر الحياكة
عشر في عرض ذراع فنسجه زايداً في الطول او العرض فلا اجرة له عن الزيادة وعليه ضمان
نقص المنسوج فيها لا ريب انه لا يستحق اجراً للزيادة لعدم الاذن فيها ولو نقصت قيمة
الغزل بالنسج الواقع في الزيادة ضمن نقص المنسوج فيها هذا هو الظاهر من العبارة وهل
يستحق الحياكة الاصل اجرة فيه تفصيل وقد اشار اليه بقوله فان نسجه زايداً في الطول
خاصة فله المسمى وجهه انه قد اتى بالمستاجر عليه وزيادة كما لو استاجره لضرب مائة لبنة
فضرب له مائتين وقال البعض الشافعية انه لا يستحق شيئاً البتة لا عن الاصل ولا عن الزيادة
لانه في آخذ الطاقة الاولى من الغزل صار مخالفاً للامر فانه اذا بلغ طولها عشر كان من
حقه ان يقطعها لتعود الى الموضع الذي بدا منه فاذا لم يفعل وقع ذلك وما بعده في غير
الموضع المامور قال المص في التذكرة وهو حسن ولا ريب في حسنه حسن نعم لو لم يلزم
من ذلك مخالفة كما لو دفع اليه سدى لينسج منه عشراً في طول ذراع فزاد فان له المسمى
ولا اجر للزيادة وهذا كله اذا لم يأت بالزيادة مخالفة في المامور فلو لم كما لو امره بنسج قدر

خاصته صح

فاصله لا اذن في النقص والا اجر في الزيادة [illegible]

ولا اجر له وفي تضمينه في
الموضع الذي افسده
ونعطيه الاجر الى ذلك
المكان ينبغي ان يكون الجار في قوله
في الموضع الذي سلمه صح

يلزم صح

بعرض ط

صفيقا

او صفيقا فزاد في المطلوب صفيقا فصار خفيفا او نقص في المطلوب خفيفا فصار صفيقا فلا اجر له بحال وقد نص عليه المص في التذكرة ومثله في العرض ومتى نقص الثوب عن قيمة الغزل مع المخالفة فعليه الارش اذا عرفت هذا فاعلم ان في بعض النسخ فنسجه زائدا في الطول او العرض بالعطف باو وفي بعضها بالواو ولا يخفى ان او احسن لان العطف بها يتناول ما اذا زاد في الطول او العرض او فيهما لان منع الجمع فيهما فقد زاد في احدهما فيكون هذا اشارة الى الاقسام وبيانا لحكم الزيادة وما بعده تفصيل لاحكام الاقسام كلها فلا يكون في العبارة تكرار ولا خلل واعلم ان الذراع مؤنث سماعا وقد عبر المص بالتذكير وان زاد فيهما او في العرض احتمل عدم الاجر للمخالفة والمسمى وجه الثاني انه زاد على ما امر به فكان كزيادة الطول وقد عرفت حكم الاصل فالاصح انه لا اجر له لان المعمول غير المامور به فلا يكون متعديا فيه فلو نقص فعليه الارش فان قيل لم جزم فيما لو زاد في الطول خاصة بوجوب المسمى وتوقف هنا قلنا لان زيادة الطول لا ينافي وجود المامور به لان من اتى باحد عشر فقد اتى بعشر كما ان من ضرب مائتين فقد ضرب مائة بخلاف زيادة العرض لان ما عرضه ذراع وربع مخالف لما عرضه ذراع ولان زيادة العرض داخلة في نفس الثوب بخلاف زيادة الطول فانها خارجة عن المقدر فانها هي كاجنبي ضم الى المقدر وحينئذ يمكن قطع زيادة الطول ويبقى الثوب بحاله بخلاف العرض والتحقيق انه لا فرق بينهما ومتى لزم المخالفة في العرض او فيهما للمخالفة في الصفة المشترطة في المنسوج فلا بحث في عدم الاجرة وكل موضع نقص الثوب عن قيمة الغزل فالارش ثابت مع المخالفة وكذا لو نقص فيهما لكن هنا ان اوجبنا المسمى وجب ان يسقط منه بنسبة الناقص لانه لم يات بالمستاجر عليه كله فلا يستحق جميع المسمى وانما يعرف نسبة الناقص لانه لم يات بالمستاجر عليه كله فلا يستحق جميع المسمى وانما يعرف نسبة الناقص في العرض او في الطول مع العرض بتكسير الثوب باعتبار المستاجر عليه وباعتبار المنسوج ثم ينظر مقدار التفاوت وينسب الى المستاجر عليه وبتلك النسبة يسقط له من المسمى والاصح هنا عدم الاجرة ولا يخفى انه اذا نقص في الطول على تقدير وجه لا يلزم مخالفة الا في عدم نسج المجموع كما لو سلم اليه سدا طوله عشرة اذرع لينسجه عشرا فنسج منه تسعا وبقي ذراع بخلاف ما لو دفع اليه غزلا لينسجه عشرا فجعل طول السدا تسعا فان هذا هو موضع الاحتمالين وعليه يجب ان تنزل العبارة ولو قال ان كان يكفي قميصا فقطعه فقطعه فلم يكف ضمن لانه لم ياذن له في القطع الا بشرط كونه كافيا قميصا فحيث لم يكف كان عاديا بالتصرف بغير اذن

بحاله

سقط بنسبة الناقص اذ ذكرا المحتمل عدم الاجر والمسمى لو نقص الطول والعرض اما على الجمع او الانفراد لكن هنا ان اوجبنا المسمى
صح

الامر

[illegible]

ولا اثر لتوهمه كونه كافياً ولو قال هل يكفي قميصاً فقال نعم فقال اقطعه فلم يكفه لم يضمن لانه
قطع بالاذن غير المشروط والتقصير من المالك حيث اطلق الاذن اعتماداً على قول الخياط ولو قال
اقطعه قميص رجل فقطعه قميص امرأة احتمل ضمان ما بينه صحيحاً ومقطوعاً وما بين المقطعين وجه
الاول انه عاد بقطعه قميص امرأة فيضمن ارشه وهو تفاوت ما بين كونه صحيحاً ومقطوعاً ووجه
الثاني ان القطع مأذون فيه وانما المخالفة بقطعه قميص امرأة فيضمن تفاوت ما بين القطعين
وليس بشيء لان المأذون فيه هو قطع مخصوص لا مطلق القطع فالاصح ضمان ما بين كونه صحيحاً
ومقطوعاً الا ان يكون بعض القطع صالحة للرجل والمرأة بغير تفاوت فلا يلزم ارش قطعها
لانه مأذون فيه ولا اثر لقصد المرأة به ولا يبرأ الاجير من العمل حتى يسلم العين كالخياط ان
كان العمل في ملكه وذلك لان العمل الواجب بعقد الاجارة حق للمستأجر فما دام لم يسلمه لا يبرأ
الاجير من الواجب عليه وتسليم العمل انما يكون بتسليم العين وهذا اذا كان عمل الاجير في ملك
نفسه اذ لا يد للمستأجر عليه اما اذا كان في ملك المستأجر فسيأتي حكمه ان شاء الله تع ولا يستحق
الاجرة حتى يسلمه مفروغاً لا ريب ان الاجرة قد استحقها الاجير بالعقد لكن المراد هنا انه لا يجب
تسليمها اليه حتى يسلم العمل لعوضه معاوضة على الوجه الذي جرى عليه العقد لان المعاوضة لا يجب
فيها دفع احد العوضين من دون دفع العوض الآخر فلو تلفت العين من غير تفريط بعد العمل
لم يستحق اجرة على اشكال لا ريب في ضمانه مع التفريط وعدم تمام استحقاق الاجرة كما سبق اما
مع عدم التفريط ففي الحكم اشكال ينشأ من ان الاجارة معاوضة وحق المعاوضة حصول العوضين
معاً للمتعاوضين ليتحقق كل واحد منهما في مقابلة الآخر وقد انتفى ذلك في احدهما فانتفت المقابلة
ووجب الانفساخ لتعذر مقتضى العقد ومن ان المستأجر عليه هو العمل وقد حصل فوجبت الاجرة
وهو استحقاق الاجرة
بفعله فاذا تلف بتلف العين بغير تفريط كان تلفه من المالك ويضعف بان المستأجر عليه وان
كان العمل لكنه قوبل بالاجرة على طريق المعاوضة فما دام لا يتحقق تسليمه لم يتحقق معنى المعاوضة
وربما بني ذلك على ان القصارة عين او اثر فان قلنا انها عين سقطت اجرته كما يسقط الثمن بتلف
المبيع قبل القبض وان قلنا هي اثر لم تسقط الاجرة وينبغي ان القصارة ان كانت كالاعيان
في انها تقوم مالاً فالحكم الاول وان كانت لا تقوم مالاً وانما هي صفة للمال فالحكم الثاني فقد سبق في
التفليس ان المنافع تقوم مالاً ويشهد لها انها تقابل بالمال ويعتبر في صحة المقابلة وجريان
المعاوضة عليها كونها متقومة في نفسها ولا معنى لماليتها الا هذا والظاهر عدم استحقاق الاجرة

ولو كان

ولو كان في ملك المستاجر بري بالعمل واستحق الاجرة لان المال غير مسلم الى الاجير في الحقيقة ولهذا أمر
المالك به في شغله كما يستعين بالوكيل والتلميذ سوا كان المالك حاضرا عنده ام لا او يستعمل اذا كان المالك
غايبا وان كان الاجير في فلكه لان المال في يد الاجير وكونه في ملك المستاجر لا ينفي يده نعم اذا كان
المالك حاضرا وسلطنته على العين بحالها فان اليد له والاجير كالخادم ح فان كان المراد باطلاق المتن
هنا نوع حق وهو المطابق لما هاه المق في التحرير عن الشيخ حيث قال وان كان في ملك المستاجر وهو حاضر
قال الشيخ له الاجر لانه يسلم العمل جزءا فجزءا ولم يعتبر هو شيئا والا فهو موضع تامل . ولو حبس الصانع
العين حتى يستوفي الاجرة ضمنها في الحواشي المنسوبة الى شيخنا الشهيد ان هذا مبني على ان الحبس
غير جايز قال وهو مبني على ان المنفعة لا تلحق بالعين قال ويلزم من عدم جواز الحبس عدم سقوط
الاجرة بتلف العين وعدم توقف الاستحقاق على التسليم اقول فعلى ما ذكر يلزم منافاة كلام المق
هنا لما سلف فيما لو تلفت العين تخير المالك في تضمينه مع المنفعة وبدونها وبقوله لا يبرأ الاجير
من العمل الى آخره وهو خلاف الظاهر وقد اطلق القول في التحرير كما هنا ولقايل ان يقول لم لا يجوز
غير م ان يكون الضمان على متوقف على المنع من الحبس وسنده ان الاجير يستحق المنفعة بمقتضى المعاوضة
حتى يتسلم العوض وليس له حبس العين بالنظر الينا حق لعدم جريان المعاوضة الا على المنفعة
لكن لما لم يكن حبس المنفعة بدون الحبس العين وجب ان يكون له حبس العين والا لادى الى وجوب
التسليم قبل التسلم وهو باطل لكونه خلاف مقتضى المعاوضة ولما كان حبس العين من اجوز بمقتضى
المعاوضة في العمل الجاري على العين باذن المالك جعلت مضمونة على الاجير من حيث ولهذه بين ولا
مقصور م جناح انما هو لمحض حق الاجير ومصلحته فناسب ان تكون مضمونة عليه ح ولان كونه امينا على
كونه اجيرا وحيث فرغ من العمل وحبسها لا لاخذ حقها فقد انتفى المعاوضة وانتقل الى حالة اخرى
فخرج عن كونه امينا لان ذلك تابع لعقده لكونه اجيرا ولان فيه جمعا بين الحقين فظهر انه لا منافاة
بين جواز الحبس وكون العين مضمونة وهو الظاهر . ولو اشتبه على القصار فدفع الثوب
الى غير مالكه كان ضامنا لانه دفع بغير حق فيكون عدوانا فيقتضي الضمان وعدم تاثيمه لامتناع
تكليف الغافل لا يقتضي نفي الضمان مع وجود سببه . وعلى المدفوع اليه الرد مع علمه لما [illegible]
الاستعمال م ظاهر وعلى المدفوع اليه لا من الوجوب لانه علي عيب الكمال نفيه ذلك ويمتنع الوجوب مع عدم العلم
لامتناع تكليف الغافل . فان نقص بفعله ضمن ورجع على القصار ان ما ضمنه فظاهر لكونه متعديا
واما رجوعه على القصار فلانه غره بتسليم الثوب اليه على انه ثوبه المقتضي للتسلط على التصرفات

انى ذ يعقبها ضمان قوله ثم طالبه بثوبه لاياراد بثم هنا التراخى لمطالبة بثوبه في الاول بل الاذ بها الاستفادة بان هنا حق آخر باق منفصل عن العزم فيستحقه مع الرجوع بما غرم فالتراخى هنا بمعنى آخر مجازا قوله فان هلك عند القصار احتمل الضمان لانه امسكه بغير اذن مالكه بعد طلبه وعدمه لعدم تمكنه من ردة لاريب في ان الاحتمال الاول اقوى لان يده العدوان المقتضيه للضمان متحققه وعدم علمه بالحال لايكون عذرا فان منع الغير ملكه بغير حق موجب للضمان على كل حال عمدا وجهلا ونسيانا بالنص والاجماع وقوله في الوجه الثانى لعدم تمكنه من رده لبس له اثر في سقوط الضمان لان يد العدوان موجبة للضمان مع امكان الرد وبدونه قوله والشروط السائغة لازمة المراد بها التى لاتنافى مقتضى العقد ولا تخالف الكتاب ولا السنة قوله فلو شرط ان لايسير عليها ليلا او نهارا فخالف ضمن وان تلفت لا بسبب فوات الشرط لانه يده حين المخالفة يد عدوان تقتضي الضمان قوله وللمستاجر ضرب الدابة بما جرت العادة به وتكبيحها باللجام وحثها على السير ولا ضمان قال في الصحاح كبحت الدابة اذا جذبتها اليك باللجام لكى تقف ولا تجرى يقال اكمحتها واكبحتها وكبحتها وضعها بلا القعن لا صلى ويا فتى به المص هنا زعم الضمان بالضرب الموافق للعادة موافق نعم في التحرير وقال في التذكرة بضمان جناية الضرب سواء وافقا العادة ام لا الا ان يشرط بالسلامة والاول لا يخلو من قوة لانه حث الدابة على السير المعتاد وضربها لذلك على مقتضى العادة حق للمستاجر اقتضاه عقد الاجارة فاذا نشا عنه تلف الدابة وجب ان لا يترتب عليه ضمان كما لو تلفت بالحمل المستاجر عليه وبقوة شدة المعتاد قوله وللمعلم ضرب الصبيان للتاديب ويضمن لو جنى بتاديبه اما انه له الضرب المعتاد فلا بحث فيه واما انه يضمن جنايته فلانه اجير والاجير يضمن الافساد وان لم يقصر كالطبيب ولو اخذ البراءة ففى سقوط الضمان بها نظر ولو ضرب اماءه للتاديب فمات فقد قال المص في التحرير انه يضمن وللنظر فيه مجال لان الضرب حق له لا لمصلحتها قوله ولو ختن صبيا بغير اذن وليه او قطع سلعة انسان بغير اذنه او من صبى بغير اذن وليه فسرت الجناية ضمن لانه عاد بفعله قطعا ولو فعل ذلك باذن من له الولاية قال في التحرير لم يضمن الامع التعدى وفيه نظر لان الاجير ضامن لجنايته وان بالغ في الاحتياط لظاهر قول امير المومنين عليه السلم من تطبب او تبيطر فليأخذ البراءة من صاحبه والا فهو ضامن ومفهوم عبارة الكتاب موافق لما في التحرير قوله ولو اخذ البراءة ففى الضمان اشكال ينشا من انه ابراء مما لا يجب ومن دعاء الضرورة اليه فانه مما يقتضى

اووقت القايلة اولا يأخذها عن القافلة او الحمل بسيرة في آخرها او لا يسلك بها طريقا معينا فخالف ضمن ح

لان م

الجناية م

الضرورة ر

اعراض

تطبيق او ص

امراض الناس عن هذا الفعل فيضيق على الناس احوالهم ولقوله عليه السلام من تبيطر الحديث وقد
سبق وهذا اقوى [illegible] ويضمن الراعي بتفصيره بان نام عن الماشية او يغفل عنها او يتركها تتباعد
عنه او يتغيب عن نظره او يضربها باسراف وفي غير موضع الضرب ولا الحاجة او يسلك بها موضعا فيه
التلف [illegible] وكذا كل ما اشبه ذلك للتقصير في الحفظ والتعدي ما يكون [illegible] ولو دفع الى غيره شيئا ليعمل
فيه عملا استحق الصانع مثل اجرة مثل العمل ان كان العمل ذا اجرة عادة وكلا فلا اي لو دفع الى القصار
ثوبا ليقصره او الخياط ليخيطه وكحو ذلك ومثله لو جلس بين يدي حلاق ليحلق راسه او دلاك ليدلكه
وكحو ذلك ولم يجر بينهما للاجرة ذكر نفيا ولا اثباتا فان العامل يستحق اجرة مثل ذلك العمل ان كان ذا
اجرة عادة سواء كان من عادته ان يستاجر لذلك العمل كالغسال والقصار ام لا اما اذا كان من عادته ذلك
فللحمل على مقتضى العادة المستمرة فان ذلك لا يقصر عن ان يكون معاطاة في الاجارة ولان العمل محترم لا يحل
بغير عوض لا باباحة مالكه ولم يتحقق وهذا هو دليل ما اذا كان العمل ذا اجرة عادة ولم يكن من عادته
فاعله الاستيجار اذا لم يكن للعمل اجرة بحسب العادة فلا شيء صرح به المصنف في التذكرة وغيرها وينبغي تقييده
فان كان المراد به ما لا يعد متقوما عادة بحيث يقابل باجرة حتى ان ما كان متقوما يجب الاجرة بمجرد
الامر بفعله وان جرت العادة بعدم اخذ الاجرة عنه كالاستيداع المتاع ونحوه وان كان قد سبق
في الوديعة احتمال الاجرة وان كان المراد اعم من ذلك وهو ما لا اجرة له عادة سواء كان متقوما بحيث
يجوز مقابلته بالعوض ام لا فهو حسن وظاهر العبارة لا يأبى التعميم [illegible] ولو اجر مملوكه او استوجر باذنه
فافسد ضمن المولى في سعيه لان ذلك باذن المولى فيكون مضمونا عليه في سعي العبد فان بيده كيد
مع الاذن وهو اختيار العلامة في المختلف وقال ابو الصلاح ان ضمان ما يفسده العبد على المولى وهو
قول الشيخ في النهاية ويشهد له رواية زرارة وابي بصير في الحسن عن الصادق عليه السلام قال قال امير المؤمنين
عليه السلام في رجل كان له غلام فاستاجره منه صانع او غيره قال ان كان ضيع شيئا او ابق منه فمواليه
ضامنون والاصح انه ان كان ذلك جناية على نفس او طرف كما لو كان طبيبا تعلق برقبة العبد وللمولى
فداؤه باقل الامرين من القيمة والارش لكن هذا لا يتقيد باذن المولى وان كانت جناية على مال كما لو كان
قصارا فخرق الثوب فانه لا شيء على المولى وان كانت الاجارة باذنه لان الاذن في العمل ليس اذنا في
الافساد فيتبع في جنايته بعد العتق وهو اختيار ابن ادريس ولا دليل في الرواية على خلاف ذلك
فيحمل على ما اذا كانت للتضييع باذن المولى لظاهر ولا تنافي بين اخرى لان الاذن في العمل
اذنا في الافساد [illegible] ولا يضمن الحامي الا مع الايداع والتفريط لانه كما تضمنته رواية غياث بن ابراهيم

امين

مسئلة اذا دفع الثوب الى الغسال وقال له اغسله ولم يذكر الاجرة [illegible]

انتفاء ذلك عن الباقين عن غيره. قوله: ويصحّ اسقاط الاجرة المعيّنة بعد تحققها في الذمّة اما اذا كانت عيناً معيّنة او منفعة متعلقة بعين مخصوصة فان الابراء منها لا يعقل ولو ابراه من وجوب تسليمها لم يجب عليه التسليم في الحال لكن لا يخرج عن ملكه بذلك. قوله: ولو تسلّم اجيراً ليعمل له صنعة فهلك لم يضمنه وان كان صغيراً او عبداً لا بحث في عدم الضمان اذا كان التسليم على الوجه الشرعي فاما اذا قهر الاجير على اخذه ليعمل عنده فانه لا يضمن الحرّ البالغ ولا ثيابه التي عليه على الاصحّ لانها تحت يده خلافاً والحرّ لا يدخل تحت اليد ويضمن العبد مطلقاً والحرّ الصغير قد سبق حكمه في الغصب. قوله: ولو استاجر الدابة لحمل قفيز فزاد فهو غاصب ضامن للجميع المراد اذا اخذ الدابة وحملها زائداً فانه عادٍ سواء كان ذلك عن عمد ام لا. قوله: ولو سلّم الى الموجر وقال انه قفيز وكذب فتلفت الدابة بالحمل ضمن النصف ويحتمل بالنسبة. قوله: اما النصف فلتلفها بسببين احدهما عدوان واما اعتبار النسبة فلان التلف مستند الى ثقل الحمل فيوزّع على اجزائه ويحتمل ضمان الجميع وهو الاصحّ لانه عادٍ بتحميل الزيادة لجميع الدابة والفرق بين الاولى والثانية ان الغاصب وهو المستاجر صاحب اليد هناك وهنا اليد للمالك ولا اثر لهذا الفرق عندنا وقد سبق في كلام المصنف في اواخر الفصل الرابع في الضمان خلاف هذا وموضع هاتين المسئلتين ما سبق عند ذكره زيادة الكيل. قوله: ولو استاجره للقصاص ثم عفا سقط القصاص ولا اجرة لان المستاجر عليه قد تعذّر شرعاً والعفو ... ونحوه كما لو استاجرها لكنس المسجد فحاضت فعالجت نفسها فان الاجارة تنفسخ فتسقط الاجرة. قوله: فان اقتصّ الاجير مع العلم ضمن لعدوانه فيقتصّ منه. قوله: ولا يعد يستقر الضمان على المستاجر ان تمكّن من الاعلام لانه بالاستيجار له قد استدعى منه الفعل فصار مطلوباً منه بالاجارة في كل زمان فاذا لم يعلم بالعفو مع تمكّنه يكون قد غرّه فيستحق الرجوع عليه. قوله: والا فاشكال اي وان لم يتمكّن من الاعلام فالاشكال ينشأ من ان المستاجر هو السبب في الاقتصاص والمباشر ضعيف بالغرور فيكون الضمان على السبب ومن ان المستاجر بعدم تمكّنه من الاعلام لا ينتفي عنه كونه غارّاً فانه باستيجاره سلّط الاجير على الاقتصاص فاذا عفا بدون علمه فقد غرّه بذلك فيكون ضامناً فيرجع عليه بالدية وهو الاصحّ. فرع قال المصنف في التذكرة اجرة القصاص تجب على المقتصّ منه لانها اجرة يجب لايفاء حق عليه كاجرة الكيّال والوزّان. قوله: لو اختلفا في اصل الاجارة فالقول قول منكرها مع اليمين كما في كل منكر سواء كان الاختلاف قبل استيفاء المنافع او بعده فان كان قبله فالامر واضح فان الامر يرجع الى حاله فلذلك لم يتعرض اليه المصنف وان كان بعده فقد اشار الى حكمه بقوله فان وقع الاختلاف بعد استيفاء المنافع واتلاف الاجرة فان كان المتلف المالك فله المطالبة بالمتخلف من اجرة المثل. الظاهر ان اتلاف الاجرة وعدمه لا دخل له في تصوير المسئلة بل الحكم مترتب على كونه لا اختلاف بعد استيفاء المنافع وانما كان اثره قد يظهر بالنسبة الى المطالبة

كذا الخط

الفصل الخامس في التنازع

بالزائد

بالزايد وعدمه وكذا على بعض التاويلات في قوله لم يسقط ضمان العين ان انكر المالك الاذن في المعروف اذا
عرفت ذلك فاعلم ان هذه العبارة قد ذكرتهم جمع يبحثون فيما عند الكل واطبقوا على احتياجها الى الاصلاح انهم كانوا
وحيث لم يصلحها الكل تحملوا لها تاويلات لعدم امكان اجرائها على ظاهرها وانما قلنا انه لا يمكن اجراؤها على
ظاهرها لان المتبادر من قوله فان كان المدعي المالك ان المراد به مالك العين وهو الموجر ولا ريب انه اذا كان
كذلك لا يستقيم الحكمان المذكوران بعده احدهما ان له المطالبة بالمتخلف من اجرة المثل اي الزايد على المسمى منها
فانه اذا كان هو المدعي للاجارة فهو بزعمه مستحق المسمى لا الاجرة المثل فكيف يستحق المطالبة بالزايد عليه
من اجرة المثل الثاني انه ليس للمستاجر طلب الفاضل من المسمى عن اجرة المثل لو كان هناك فاضل فانه حيث
كان منكرا للاجارة اذا حلف لنفيها وقد استوفى المنافع وجب عليه اجرة المثل عوضا لا المسمى فلو كان فيه
زيادة عن اجرة المثل كان له طلبها فكيف يستقيم نفي استحقاقه طلب ذلك الزايد وكذا قوله على تقدير كون
المدعي للاجارة هو المستاجر ولم يكن للمستاجر المطالبة بالفاضل عن اجرة المثل ان كان لا يستقيم ايضا على ظاهره
لانه اذا كان المدعي للاجارة هو المستوفي لمنافع العين كان بزعمه ان الواجب عليه هو المسمى خاصة فيكون له المطا لة
بالفاضل من اجرة المثل عن المسمى ويمكن تخريجه على انه وان كان هو المدعي للاجارة الا انه اذا حلف المالك لنفي
الاجارة وجب له اجرة المثل فلا يكون للمستاجر المطالبة بالزايد من اجرة المثل عن المسمى لان الواجب بعد
اليمين اما ما قبله فلما لم يمكن اجراؤه على ظاهره ارتكب جماعة له تاويلات احسنها حمل المدعي في قوله فان
كان المدعي المالك على مدعي فساد العقد وان العقد قوله بيمينه فان الحكمين يستقيمان حينئذ لكن فيه
مع انه خلاف الظاهر وانه يستقيم قول مدعي الفساد بيمينه باطلا ان مقابله وهو قوله وان كان هو المستاجر
لا يستقيم الا على ان المراد هنا كونه مدعيا لاصل الاجارة وان لا اختلاف فيه لا انه مدعي الفساد وان
الاختلاف في الصحة والفساد وذلك لان العين غير مضمونة مع الفساد لان العقد الذي لا يضمن
بصحيحه لا يضمن بفاسده فلا يكون اقسام المسئلة متطابقة ولا تكون المسئلة مستوفات على واحد من
التقديرين الثاني حمل قوله فان كان المدعي المالك فله المطالبة بالمتخلف من اجرة المثل على انه بعد يمين المستاجر
لنفي الاجارة او نكوله أكذب نفسه في الدعوى فانه يستحق اجرة المثل باقرار المستاجر وتصديقه اياه فله
طلب الفاضل من اجرة المثل لو كانت ازيد من المسمى ويحمل قوله وليس للمستاجر طلب الفاضل من المسمى لو كان
على ان المراد لو كان هو المدعي للاجارة والمالك هو المنكر لها لانه ح معترف باستحقاق المسمى في مقابل
المنافع وهذا التفصيل فيه قبح من حيث ان الكلام المذكور لا تكون متطابقة لان الاول حكم ما اذا اكذب نفسه ولم الحكم
يذكر باقي اقسام الكذاب نفسه والثاني من كلام قوله ولو كان هو المستاجر فيكون تقديره على خلاف نظم المسئلة

مع ان المتبادر من قوله لو كان خلاف ذلك اي لو كان هناك فاضل فيكون حكم المدعي اذا لم يكذب نفسه
وقد اخل به على ان حمل قوله على اكذاب نفسه تعسف عظيم وارتكاب لامر بعيد عن ظاهر اللفظ جدا ولا ذكر م
يخفى ان ارتكاب مثل هذا يكاد يخرج به الكلام عن كونه عربيا الثالث حمل المالك في قوله فان كان
المدعي المالك على ان المراد به مالك الاجرة وان لها فقوله فله يعود الى المنكر وهو مالك العين
الموجر وان لم يجر له ذكر فيستقيم ح قوله فله المطالبة بالتحلف عن اجرة المثل وقوله وليس للمستاجر
طلب الفاضل ويكون قوله ولا ضمان في العين اي في عين الاجرة التي فرضناها تالفة وينزل
قوله وان كان هو المستاجر على انه بفتح الجيم وان المراد به المالك اي وان كان المدعي هو مالك
المستاجر لم يسقط ضمان العين اي ضمان عين الاجرة التالفة ان انكر مالكها الاذن في التصرف
فيها وليس للمستاجر المطالبة بفاضل اجرة المثل لانكاره الاجارة واعترافه باستحقاق اجرة المثل
عليه وهذا ايضا اقبح من الاول واشنع في ارتكابه لا ينتقل الفهم اليه اصلا ولا ريب ان الشارح
غلط العبارة وفساد ما سمعت من هذه التاويلات المستقبحة واذا اردنا تحقيق المسئلة قلنا لا تخلو المستهجنة لحر
اما ان يكون المدعي لوقوع الاجارة هو مالك العين والمتصرف في المنافع فان كان الاول فان القول
قول المتصرف بيمينه فاذا حلف انتفت الاجارة ووجبت اجرة المثل فان كانت ازيد من المدفوع الذي
هو المسمى بزعم المالك لم يكن له المطالبة بها لانه بزعمه لا يستحقه ولو زاد المدفوع على اجرة المثل كان
للمنكر المطالبة لان الواجب بزعمه عليه هو اجرة المثل ولا ضمان في العين المستاجرة بزعم المالك كما
هو ظاهر وان كان المدعي هو المستاجر فالقول قول المالك بيمينه فاذا حلف استحق اجرة المثل وكانت
العين المستاجرة مضمونة على المستاجر ولم يكن له المطالبة بالفاضل من اجرة المثل عن المسمى ولا با
لفاضل من المسمى ولو اكذب المالك نفسه في الدعوى لاستحق المطالبة بالزائد من اجرة المثل وكانت
العين مضمونة ولو اكذب المستاجر نفسه في الانكار لم يكن له طلب الفاضل من المسمى عن اجرة المثل
ولو اكذب الموجر نفسه في الانكار كان للمستاجر طلب الزائد من اجرة المثل عن المسمى ولو كان الاختلاف ولو اكذب المستاجر نفسه في الدعوى
في صحة الاجارة وفسادها فالقول قول مدعي الصحة بيمينه والعين امانة على التقديرين ثم ان كان في الشق الثاني لكان له طلب الفاضل
المدعي للفساد هو المالك لم يكن له المطالبة بفاضل المسمى عن اجرة المثل ان كان وان وجب على من المسمى عن اجرة المثل م
المستاجر دفعه وان كان هو المستاجر فليس له طلب الزائد من اجرة المثل عن المسمى لان الواجب
بزعمه وان لم يكن للمالك طلبه لو لم يكن قد قبضه فهذه هي احكام المسئلة ولو اختلفا في قدر الاجرة
فقال اجرتك سنة بدينار فقال بل بنصفه فالقول قول المستاجر مع يمينه ولو اختلفا في المدة فقال

اجرتك

اجرتك سنه بدينار فقال بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك مع يمينه اما الحكم في الاولى
فلانهما قد اتفقا على العقد وعلى العين والمدة ووقع الاختلاف في زيادة الاجرة فالقول قول المستاجر
بيمينه في نفيها واما الثانية فلاتفاقهما على العقد والعين والاجرة واختلفا في زيادة المدة
فالقول قول من ينفيها وهو المالك بيمينه فان قلت قد تابع الاختلاف في المدة مختلفان في
الاجرة ايضا قلت لما اتفقا على ان الاجرة عن سنة دينار لم يكن بينهما اختلاف فيها من حيث
هي هي وانما الاختلاف في المدة وبسبب الاختلاف فيها لزم الاختلاف في زيادة الاجرة وعدمها ولا
يخفى ان هذا انما يتم اذا ادعى التصريح مع الاستيجار سنتين بدينارين بان الاجرة لكل سنة دينار
لم يكن بينهما اختلاف او كانت السنتان متساويتين في الاجرة في الواقع بالنسبة الى ذلك الشي ثم
انه مع هذا لا يندفع الاختلاف في الاجرة وان كان ناشئا عن الاختلاف في المدة ويحتمل قويا التحالف لد
في المسئلتين معا لان كلا منهما مدع ومنكر وما ذكر في الاستدلال من اتفاقهما على ما عدا الاجرة
في الاولى وعلى ما عدا المدة في الثانية غير واضح اذ لا اتفاق بينهما الا في امر كلي ايضا يدعي وقوع العقد
على العين مدة كذا بالاقل مثلا والآخر يدعي وقوع ذلك بالاكثر ولا ريب ان المقارن لاحد
المتقابلين غير المقارن للمقابل الآخر فكيف يكون عينه حتى يدعي الاتفاق على وقوعه نعم هو مثله
وتخيل ان القدر المشترك بينهما متفق على وقوعه فاسد لان القدر المشترك من حيث هو كذلك يمتنع
وجوده في الخارج فالواقع انما هو المقيد لا المشترك وليس بين هاتين المسئلتين والتي بعدهما
فرق موثر يعرف المقر بينهما في الفتوى ولا ريب في قوة احتمال التحالف ولو قال بل سنتين بدينار
فقد اختلفا في قدر العوض والمدة فالاقرب التحالف اما الاختلاف في المدة فظاهر واما الاختلاف في
العوض فانه على قول احدهما عوض السنة دينار وعلى قول الآخر نصف دينار ولقائل ان يقول
ان العوض الذي جرى عليه العقد متفقان عليه وانما الاختلاف في زيادة المدة وعدمها ووجه الاقرب
ان كل واحد منهما يدعي عقدا مغايرا للعقد الذي يدعيه الآخر والآخر ينكره فيتحالفان وقال الشيخ
في الخلاف في باب المزارعة تستعمل القرعة وهو ضعيف لان القرعة في الامر المشكل لا يستفاد حكمه
من الشرع ويحتمل تقديم قول المالك بيمينه كما قدمنا قول المستاجر في المسئلة الاولى للاتفاق على
تعيين الدينار والاختلاف انما هو في قدر ما قوبل به من المدة كما اتفقا في المسئلة الاولى على تعيين
السنة واختلفا في قدر الاجرة المقابلة لها وقد صرح بهذا الاحتمال المصنف في التذكرة فاذا تحالفا
قبل مضي شي من المدة فسخ العقد ان رجع كل منهما في ماله وان رضي احدهما بما حلف عليه الآخر

قال [illegible] العقود اذا اختلف العوض
[illegible] ان العقود [illegible]
والسالم [illegible] وجه [illegible]
ثم قال [illegible] العقد الذي
[illegible] العقد [illegible]
ووجه [illegible]
[illegible] الذي م

افر العقد كل موضع حكمنا فيه بالتحالف اما ان يكون ذلك قبل مضي شيء من المدة او بعده فان كان قبله
فسخ العقدان بالتحالف ورجع كل منهما في ماله لانتفاء كل من العقدين الذي يدعيه احدهما بيمين الآخر
وان رضي احدهما بما حلف عليه الآخر اقر العقد الذي يدعيه الحالف وهذا اذا حلف يمينا جامعة للنفي والاثبات
ظاهر وان اقتصر على نفي العقد الذي يدعيه صاحبه فلابد من تصديقه على دعواه او ترد اليمين الآخر
عليه ان رضي بالرد او نكل وان كان بعد المدة او شيء منها سقط المسمى ووجب اجرة المثل ما لم تزد عما يدعيه
المالك وتنقص عما يدعيه المستاجر اي وان كان التحالف بعد مضي المدة او شيء منها سقط المسمى
لانتفاء الاجارة بالانفساخ ووجب اجرة المثل ما لم تزد عما يدعيه المالك لاعتراف المالك بعدم استحقاقه
الزيادة فيدفع اليه حينئذ المسمى وكذا لا يقتصر على اجرة المثل لو نقص عما يدعيه المستاجر لانه يعترف
بوجوب زيادة يجب دفعها فيتجه اذا زادت اجرة المثل عن المسمى الذي يدعيه المالك اذ لا يجب على
المستاجر اليمين لانه اذا استحق المالك المسمى فليأخذه من اول الامر ويرده ان لو توجه اليمين فوائد اخرى
منها انه ربما رد اليمين على الآخر او نكل او ترد عليه فانه اذا حلف ثبت ما يدعيه فلا يجب المسمى الذي يدعيه
المالك ومنها ربما خاف اليمين فاقر بالواقع على تقدير مطابقته لدعوى الآخر فتوجه اليمين عليه رجاء
لذلك ولو نقصت اجرة المثل عما يدعيه المستاجر فيتجه ان لا يجب على المالك اليمين لانه اذا حلف لينفي ما يدعيه
المستاجر ثبت ذلك المحلوف فلا فايدة لهذا اليمين ولو نكل او رد اليمين او اقر فالواجب هو ذلك فلا يظهر
اثر اصلا ز ويحتمل مع التحالف استحقاق المنافع سنة بالنسبة من الدينار ووجه الاحتمال ان الذي انتفى بيمين
المالك هو ان السنتان بالدينار وهو لا ينافي ثبوت سنة بنصف دينار والذي انتفى بيمين المستاجر
هو كون السنة بدينار وذلك لا ينافي كونها بنصف دينار ايضا وقد تصادقا على وقوع الاجارة سنة
وان اجرتها لا تنقص عن نصف دينار فليثبت ذلك اذ لا دليل على نفيه وفيه نظر لانهما لم يتصادقا على
ذلك لان دعوى المستاجر السنتين وان تضمن سنة الا انه قد انتفى بيمين المالك لانتفاء المدلول المطابقي
فينتفي بانتفائه المدلول التضمني وكذا القول في دعوى المالك السنة بدينار فانها قد انتفت بيمين المستاجر
فينتفي التضمني وهو كونها بنصف دينار لانتفاء المطابقي اولا ولو قال المالك آجرتكها سنة بدينار فقال
بل استاجرتني لحفظها سنة بدينار قدم قول المالك في ثبوت اجرة لان السكنى قد وجدت من المستاجر
فيفتقر الى بينة تزيل عنه الضمان لان الدار ذلك لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه لان المستاجر يدعي على المالك
اجرة الحفظ وهو ينكره والمالك يدعي عليه اجرة الدار وهو ينكره فيتحالفان وتثبت اجرة المثل وقد
صرح به في التذكرة وما ذكره المص صحيح ايضا فانه اذا حلف المالك لنفي ما يدعيه المستاجر انتفى استحقاقه

للاجرة

للاجرة وكون المنافع التي استوفاها لم تكن مباحة له فثبتت اجرة في الجملة لكونه قد استوفى المنافع ولم يأت بمسقط لها عنه ولا يتعين كونها المسمى او اجرة المثل فاذا حلف المستاجر انتفى المسمى وتعين اجرة المثل الا ان تزيد على المسمى ويتجه انه ان زادت اجرة المثل او ساوت المسمى لا حاجة الى اليمين من المستاجر لان غاية يمينه وجوب ذلك فلا فايدة فيها اذا عرفت ذلك فتنكير الاجرة في العبارة في قوله قدم قول المالك في ثبوت اجرة حسن واقع في موضعه ولو اختلفا في قدر المستاجر فالقول قول المالك اذا كان الاختلاف في قدر المستاجر مع اتفاقهما على جريان الاجارة على شيء منه كان قال آجرتك البيت بدينار فقال بل البيت وساير الدار فالقول قول المالك لانه المنكر للزايد ويحتمل التحالف لان كل واحد منهما مدع ومنكر وقد ذكر الاحتمالين في التذكرة ولم يفت بشيء ولا ريب ان التحالف اقوى ولو اختلفا في تعيين المستاجر فالتحالف ليس الا كما لو قال آجرتك البيت فقال بل الحمام ولو اختلفا في جنس الاجرة او وصفها فكذلك قال في التذكرة اما لو لم يذكرا العوض ولا تنازعا فيه بان كان قد قبضه المالك واتفقا على بقائه في ذمة المستاجر ثم ادعى انه استاجر الدار باسرها فقال المالك بل آجرتك هذا البيت منها خاصة فانه يقدم قول المالك قطعا مع اليمين اقول لا اجد فرقا اذا وقع التصريح بالاجارة بين ان يذكرا العوض وعدمه لانهما مختلفان في سبب استحقاقه وان لم يذكراه فان ذكرا المدفوع والاختلاف فيه في قوة الاختلاف في الاجرة نعم لو لم يكن العوض للاجارة وقال احدهما اني استحق منفعة الدار باسرها فقال الآخر بل تستحق منفعة البيت وحده فان المالك يحلف لنفي الزايد قطعا لعدم التصريح بما يقتضي التحالف لاحتمال اتفاقهما على سبب يتعلق بالبيت بخصوصه واختلافهما في حصول سبب آخر للباقي وكذا لو اختلفا في رد العين المستاجرة فالقول قول المالك فيه بيمينه لانه منكر ولو اختلفا في التعدي فالقول قول المستاجر لانه امين والاصل عدم التعدي وهو منكر له وكذا لو ادعى الصانع او الملاح او المكاري هلاك المتاع وانكر المالك فالقول قولهم مع اليمين لانهم امناء ولانهم ربما كانوا صادقين فلو لم يقبل قولهم باليمين لخلد حبسهم وقد سبق في الغصب قبول قول الغاصب بيمينه في التلف فهؤلاء اولى وهذا قول جمع من الاصحاب وقال الجنيد والمرتضى وجمع انهم يكلفون البينة لادعائهم خلاف الاصل وقد ورد في بعض الاخبار عدم القبول الا بالبينة والاصح الاول وكذا ان ادعى اباق العبد من يده او ان الدابة نفقت وشردت وانكر المالك ذلك وجهه انه امين ولهذا صدقه فلو لم يقبل يمينه لافضى الى تخليد حبسه وهذا انما يأتي بالعبد عند اباق وكذا الدابة وادعى الاباق او الشرود جميع المدة او بعضها لم يسمع دعواه الا بالبينة لان ذلك خلاف الاصل ولانه يدعي عدم وصول العوض اليه مع انه ممكن منه ظاهرا ولا اجرة على المستاجر مع اليمين سيده في جميع هذه الصور التي

وللاجرة على المستاجر

فان اتى به او مال الدابة م الاصل لط

ادعى فيها المستاجر هلاك العين اذا ادعى الهلاك في اول مدة الاجارة كان القول قوله في ذلك لانه اعلم بوقت
الهلاك لكونه حصل في يده ولان الاصل عدم العمل فكانه يدعي بقا استحقاقه وسياتي لهذه المسئلة مزيد
كلام ولو ادعى ان العبد مرض في يده وجاء به صحيحا فتقدم قول المالك وان جاء به مريضا فتقدم قوله لانه اذا جاء به
فقد ادعى ما خالف الاصل وليس معه دليل عليه واذا جاء به مريضا فقد وجد ما يخالف الاصل يقينا فكان
القول قوله في مدة المرض لانه اعلم بذلك لكونه في يده ولو اختلفا في وقت الهلاك او الاباق او المرض فالقول
قول المستاجر لان الاصل عدم العمل الى ان يثبت به وقلنا يملك بالعقد والا فاشكال اذا اختلفا الموجر والمستاجر
بنكره هذا ان وقع التقدير للمنفعة في عقد الاجارة بالعمل وقلنا انه بمجرد حصوله يملك الاجرة وان لم يسلم
العمل الى المستاجر ليتحقق تملك الاجرة به وان لم نقل بانها تملك بالعمل بل به وبالتسليم الى المستاجر ففي تقديم قول الموجر
او المستاجر باليمين اشكال ينشا من ان المستاجر بدعواه تقدم الاباق مخالف للاصل فيكون مدعيا وقول المالك
انما يحكم بتقديمه لانه يحاول به اثبات استقرار تملك الاجرة والاصل عدمه وهذا المانع هنا منتف فيكون
القول قول المالك بيمينه وان العمل وان لم يثبت به استقرار الاجرة الا ان له مدخلا في ذلك فيوجد السبب
في المالك يحاول به تمهيد اثبات استحقاق الاجرة فلا يقدم قوله فيه باليمين وهذا الوجه اقرب ولقايل ان يقول
ان الاختلاف ان كان في تحقق العمل ان قلنا ان شرط استقرار الاجرة حصول التسليم فلا فايدة فيه اصلا
لان وجوده كعدمه في الفايدة لثبوت التنازع فيه والاقدام على اليمين وجعله مقدمة لثبوت الاستقرار
اذا انضم اليه بعد ذلك دعوى التسليم ليس بشي لان دعوى التسليم للعمل يتضمن دعوى العمل فلا يكون اثبات
العمل مقدمة له لوجودها وعدمها على حد سوا فلا يتجه يمين واحد منهما فان غاية توجه اليمين هو كونه
بحيث اذا اقر المدعى عليه بما يحلف عليه نفع وهنا ليس كذلك لانه لو اقر بالعمل دون التسليم لم يلزمه شي
وان قدر بالزمان فتقدم قول المالك لان الاصل عدم تقدم الهلاك فان قيل لا اصل يقتضي عدم استحقاق الاجرة
قلنا بعد تسليم العبد وكون الاصل بقاءه الا ان يعلم الهلاك تحقق سبب استقرارها هنا كالعمل والاصل
عدمه ولم يدل على تحققه شي والمقتضي للاستقرار هنا هو التسليم للعين للانتفاع طول مدة الزمان
المعين وقد تحقق التسليم بدفع العين واستمرار ذلك طول المدة مستندا الى اصالة بقايه فقول المستاجر مخالف
للاصل من حيث انه يدعي تقدم الهلاك وبانه يدعي حدوث المسقط لاستقرار الاجرة واذا تقرر هذا ظهر
ان قول المة سابقا ولا اجرة على المستاجر مع اليمين بعد قوله وكذا ان ادعى اباق العبد من يده لا يستقيم
على اطلاقه لانه بمجرد دعوى الاباق في الجملة بعد تسلم العبد لا يسقط الاجرة ما لم يدع كون ذلك سابقا على
العمل فاذا ادعى ذلك فلا بد من التفصيل بكون التقدير بالعمل او بالزمان قوله ولو قال امرتك بقطعه قباء

قوله فيه هذا كالعبد اذا ... (marginal note, partly illegible)

فلا يمنع الا ان يحمله على ما قد ذكره انوار في مسئلة التقدير بالعمل فلذا لا يجي مثل هذا هنا كالان يثبت استقرارها م

فقال له

[illegible]

الراى م

نقاله قميصا قدم قول المالك على رأى المذكور هو قول الشيخ في كتاب الاجارة من الخلاف وابن ادريس ووجهه
ان الخياط يدعي الاذن في قطعه قميصا والاصل عدمه والمالك ينكر ذلك فيكون القول قوله بيمينه ولانه احدث
نقصا بالقطع ويدعي المسقط لضمانه وهو اذن المالك وكذا تقديم قول المالك في اصل الاذن لو اختلفا فيه
قطعا فكذا في صفته لانه يرجع الى الاختلاف في الاذن على وجه مخصوص وقال الشيخ في كتاب الوكالة من
الخلاف ان القول قول الخياط لان الاصل عدم تفريطه وهو ضعيف لما قلناه من دعواه الاذن المخالف
للاصل وقال الشافعي ان الخياط يدعي الاجرة وينفي الغرم ورب الثوب يدعي الغرم وينفي الاجرة فلا
اقبل قولهما بل يحلف كل واحد منهما لصاحبه ويرد الثوب على صاحبه ولا اجرة للخياط ولا غرم عليه قال
في التذكرة وليس بجيد لان الاختلاف وقع في الاذن لا في الاجرة والغرم فكان القول قول منكر الاذن
ولان الخياط يعترف بانه احدث نقصا في الثوب ويدعي الاذن فيه والاصل عدمه ولانه يدعي انه اتى بالعمل
الذي استاجره عليه والمالك ينكره قلت هذا بيان ان الخياط مدع وذلك لا ينفي كون المالك مدعيا ولا بد
من تحققه لينتفي التحالف ووجهه ان المالك لا يدعي على الخياط بشئ لان مجرد الاذن في القطع قباء لا يوجب
على الخياط شيئا اذ لو لم يحدث الخياط حدثا في الثوب لم يكن عليه بسبب الاذن ضمان غايته ما في الباب انه لا يستحق
اجرة وانما يتحقق التنازع باعتبار القطع قميصا ودعوى الخياط الاذن فيه لينفي عن نفسه الضمان ثم قال المصنف
ومن قدم قول الخياط فلا بد وان يقول بالتحالف لانه اذا حلف الخياط خرج من ضمان الثوب فيحلف المالك لينفي
الاجرة وهذا هو التحالف قلت فعلى هذا يكون قول الشيخ في الخلاف بتقديم الخياط مصيرا الى التحالف وانه لم يصرح
بما ذكره لزمه وسيأتي في عبارة الكتاب ما يخالفه والذي في التذكرة هو الاوجه والاصح عدم التحالف بل التحالف
هنا لا وجه له ولو اراد الخياط فتقه لم يكن له ذلك ان كانت الخيوط من الثوب او المالك ولا اجرة له وعليه
الارش لا ريب انه اذا حلف المالك لنفي الاذن في القطع قباء يجب على الخياط الارش وهو على ما اختاره في
التذكرة تفاوت ما بين قيمته مقطوعا يصلح للقباء ومقطوعا قميصا ويحتمل كونه تفاوت ما بين قيمته
مقطوعا وصحيحا وهذا اوجه لان القطع قميصا عدوان نعم لو لم يتفاوت القميص والقباء في بعض القطع
امكن ان لا يجب ارشه لكونه من جملة الماذون فيه اذ لا اثر لقصد القميص بقطعه وقد بنينا على اعتبار الكثير الماذون م
ذلك سابقا وحيث كان على الخياط الارش فمعلوم انه لا اجرة له [illegible] فيلغو هذا ولو اراد فتق القميص
لم يكن له ذلك ان كانت الخيوط للمالك سواء كانت من الثوب ام من غيره اذ ليس له عين يمكنه انتزاعها والعمل كان
كالاعيان في المالية الا انه ليس عينا حقيقية يمكن تخليصها من مال الغير وقد صدر عدوانا فكان كما لو نقل
ملك غيره من موضع الى آخر عدوانا لم يكن له رده الا بمطالبة المالك ولو كانت الخيوط للخياط ففي جواز

نظر اقربه ذلك منشأ النظر من انه قد ثبت بيمين المالك انه وضعها بغير اذنه فلم يكن له اخذها لاستلزامه التصرف
في مال الغير عدوانا ولان الخياط يزعم كونها للمالك بناء على ان الخيوط على الخياط وانه انما يستحق الاجرة وقد
ظلمه المالك بانكاره فلم يكن له الاخذ وكونها عين ماله وهي باقية فكانت كالصبغ في الثوب المغصوب
فيتمكن من اخذها وعلى القول بان الخيوط على الخياط فانما يكون ذلك على تقدير بقاء الاجارة اما اذا
انتفت ظاهرا وتعذر على الاجير العوض فله الرجوع الى عين ماله لتعذر المعاوضة وبقوة هذا الوجه
يظهر وجه القرب وهو الاصح ولو اراد المالك تملكها بالقيمة فقد سبق حكمه في الغصب فلو قال
انا اشد في كل خيط خيطا حتى اذا سله عاد خيط المالك في مكانه لم يجب الاجابة وذلك لانه انتفاع
وتصرف في ملك الغير بغير موجب يقتضيه فلا تجب الاجابة اليه ولا يجوز الا باذن المالك وعلى راي
قول الخياط فيسقط عنه الغرم وله اجرة مثله بعد اليمين لا المسمى ان زاد لانه لا يثبت بقوله فظاهر
كلامه ان الاشارة بالراي الى قول الشيخ في الخلاف لكنه في التذكرة قال ان كلام الشيخ في الخلاف يشعر
بعدم الاستحقاق لانه في الاجرة مدع فيكون القول قول المنكر وفائدة يمينه دفع الغرم عن نفسه
ولانه لو استحقها لاستحقها بيمينه ولا يجب له ما يدعيه بيمينه ابتداء لان النبي صلى الله عليه وآله قال لو يعطى الناس
بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه وما ذكره صحيح فحينئذ لا يكون
الراي المشار اليه منهما لنا وانما هو قول الشافعيه ووجه ما ذكره وتنقيحه ان انتفاء الغرم تابع
لثبوت الاذن وقد ثبت بيمين الخياط وهو يستلزم اجرة فاذا امتنع ثبوت المسمى لامتناع ثبوته
بيمين الخياط استحق اجرة المثل الا ان يساويها المسمى او ينقص عنها فيثبت المسمى لاعترافه بعدم استحقاق
الزايد ولا يخفى ضعف هذا لان اليمين لا تتوجه على المدعي ابتداء سواء كان الغرض منها دفع الغرم او
جلب النفع ولو غصبت العين فاقر الموجر بالملكية له قبل في حقه دون المستاجر اي غصب او لو اقر الموجر
بالملكية للغاصب فان اقراره في حق المستاجر لا ينفذ للحكم ببقاء الاجارة والاقرار على الغير لا يجوز
نعم ينفذ في حقه فيحكم بالرقبة للمقر له دون المنفعة فانه قد ملكها المستاجر وللشافعية في نفوذ الا قرار
قولان احدهما العدم لمنافاة العقد السابق والثاني النفوذ لانه مالك غير متهم بخلاف البايع
فان اقراره انما هو على المشتري فعلى هذا هل يبطل حق المستاجر من المنفعة سواء كانت العين
في يد الموجر ام المستاجر ام لا فيه اوجه والمذهب عندنا ما ذكره المص وفيه رد على خلافهم في منعه
الظهر فلا نحتاج الى بيان وللمستاجر مخاصمة الغاصب لاجل حقه في المنفعة ليست هذه
من تتمة المسئلة الاولى وانما هي مسئلة على حدة واذا كانت العبارة توهم انها من تتمات الاولى

ويحتمل

وتحقيقه ان العين المستاجرة اذا غصبها غاصب سواء كان الغصب من الموجر ام من المستاجر فلا ريب
في ان للموجر مخاصمة الغاصب فيها بحق الملك ويكون هذا الحكم اجماعيا لم يتعرض اليه المص وللمستاجر ايضا
مخاصمته فيها لانها ملك للموجر وانه استحق منفعتها بالاجارة ولان له حقا متعلقا بها لاستحقاقه المنفعة
فله مطالبته بها ليستوفي منفعته وقال بعض الشافعية ليس له ذلك لانه ليس بمالك ولا نايب عنه
وليس بصحيح لان المستاجر يستحق في تلك العين حقا على وجه الملكية جرت عليه المعاوضة فكان له المطالبة
به والمنازعة لاجله ومثله المرتهن في الرهن وغرماء المفلس والميت في العين المغصوبة والديان عند المنكر
وكذا غرماء المماطل والغايب فالطالب بعين ودين للديون لانهم مستحقون لتلك فجازت المطالبة
لهذا الاستحقاق قوله ولو اختلفا في المبطل للعقد فالقول قول مدعي الصحة لا شك انه اذا حصل الاتفاق
على حصول جميع الامور المعتبرة في العقد من حصول الايجاب والقبول من الكاملين وجريانهما على العوضين
المعتبرين ووقع الاختلاف في شرط مفسد مثلا فالقول قول مدعي الصحة بيمينه لانه الموافق للاصل
فان الاصل عدم ذلك المفسد والاصل في فعل المسلم الصحة لا يقال الاصل بقاء الملك على مالكه فيتعارض
الاصلان المذكوران لانا نقول بعد صدور الايجاب والقبول على الوجه المعتبر وعدم العلم بالمنافي لصحتهما
المقتضي للحكم بصحتهما عملا بالاستصحاب الحال المتحقق لسبب الناقل فلم يبق ذلك الاصل كما كان اما اذا
حصل الاختلاف في الصحة والفساد في حصول بعض الامور المعتبرة وعدمه فان هذا الاستدلال
لا يستمر ههنا فان الاصل عدم السبب الناقل ومن ذلك ما لو ادعى انه اشترى العبد فقال البايع بعتك
حرا قوله ولو قال اجرتك كل شهر بدرهم من غير تعيين فقال بل سنة بدينار ففي تقديم قول المستاجر
نظر ينشا من انه مدع للصحة وهي موافقة للاصل فيكون هو المنكر فيقدم قوله باليمين ومن انه مع
ذلك يدعي امرا زايدا وهو استيجاره سنة بدينار والمالك ينكره فلا يقدم قوله فيه لان الاصل
عدمه ولان الامور المعتبرة في العقد لم يقع الاتفاق عليها فلم يثبت سببيته وتقديم قول مدعي
الصحة فرع ذلك كما حققناه في المسألة السابقة فعدم تقديم قوله اوجه قوله فان قدمنا قول المالك
فالاقوى صحة العقد في الشهر الاول هنا لا يخفى فان قدمنا قول المستاجر مع يمينه فالامر
واضح ولذلك ترك المص التعرض اليه وان قدمنا قول المالك في فساد العقد فتقريبه انما هو في
الامر الذي تضمنت دعوى المستاجر الصحة دعوى امر آخر زايد على مجرد الصحة لانه اذا
كان الاختلاف في مجرد الصحة فالقول قول مدعيها بيمينه قطعا ولا ريب ان دعوى تعيين
مجموع سنة بدينار مشتمل على امرين الصحة وخصوص ذلك التعيين فحيث قدمنا قول المالك

فی ذلک وجب انتفاء ذلک بیمینه اما الشهر الذی تنفت دعواه ای حصوله وتعین اجرة کشهر بدرهم
اذا کان مثلا الدینار اثنی عشر درهما فان الاختلاف لیس الا فی مجرد صحة العقد الجاری علیه وفساده
فیتقدم فیه قول المستاجر بیمینه عملا باصالة الصحة من تقدیم قول مدعی الصحة اذا لم یدع امرا زایدا وهذا
هو الذی قواه المص فی العبارة فیحلف المالک بالنسبة الی المجموع ویحلف المستاجر بالنسبة الی ذلک البعض
ویثبت الاجارة فیه ویحتمل العدم لان التنازع فی عقد واحد اذا حکم بفساده لحلف المالک علی
عدم التعیین فیه للمدة انتفی فینتفی الامور التی تضمنها وهی اجارة الشهر وما جری هذا المجری
لامتناع ان یحکم بفساد المطابقی ولا یفسد الضمنی والاحتمال الاول ضعیف جدا ومع ذلک
فیبحث فی العبارة عن امور الاول ذکر الشهر بخصوصه ووجه تخصیصه بالذکر ان دعوی المالک
تنفی تعیین شهر وعدم تعیین ما سواه اذ یحتمل ان کلا ینتفی التعدد واقل ما ینبه متحقق
الثانی ان تقیید بقوله هنا فایدته تخصیص هذا بالصحة فی الشهر اذا حلف المستاجر بناء علی تقدیم
قوله فیه بخلاف ما اذا اتفقا علی وقوع الاجارة کل شهر بدرهم فانه لا یلزم الصحة فی شهر والفرق
انه هناک قد اتفقا علی تضمن العقد المسمی وهنا اختلفا بالصحة والفساد وقد کان تقدیم قول
مدعی الصحة هو الجاری علی القواعد لکن یختلف هنا لدعواه امرا زایدا وفی الشهر الواحد انتفی الا
فاجری علی الاصل الثالث ان شمول الحکم وان لم تستقم ان یریدهما الا هذا المعنی الا انها لا
تؤدیه بل هی غیر صحیحة فی نفسها فان الحکم بصحة العقد فی الشهر الاول بناء علی تقدیم قول المالک
بمجرده من دون یمین المستاجر معلوم البطلان فیتعین ان یکون بعض من العبارة ان الاقوی
تقدیم قول المستاجر فی صحة العقد فی الشهر الاول وان کان الذی یتولیه التلخیص خلاف ذلک وکذا
الاشکال فی تقدیم قول المستاجر لو ادعی اجرة معلومة او عوضا معینا وانکر المالک التعیین
فیهما وان الاقوی التقدیم فیما لا یتضمن دعوی ای ومثل الاشکال السابق فی تقدیم قول المستاجر
لو اختلفا فی المدة والاجرة ای فیما اذا اختلفا فادعی المستاجر اجرة معلومة کدینار مثلا او
عوضا معینا کثوب مخصوص ونحو ذلک وانکر قول المستاجر بیمینه فیما لا یتضمن دعوی
امر آخر غیر الصحة علی الموجر کما لو کان العوض الذی ادعاه المستاجر لا یزید علی اجرة المثل
ذلک لا لتقدیر ثابت علی کل تقدیر فیتقدم فیه قول مدعی الصحة عملا بالاصل مع عدم المنافی وهنا
الذی ذکره یمکن ان یورد علیه امران احدهما ان الاختلاف الذی لا یترتب علیه فایدة اصلا
ولا یکون فیه الا محض تجرع مرارة الیمین والتهجم علی اسم الله العظیم بالحلف به لغیر مصلحة لا یکاد

المالک التعیین فی الاجرة او فی الوصف بحیث یلزم الغرر والجهالة وترتیبه ما سبق بعینه والاقوی عند المص التقدیم م

يقع ممن يعتد به مع التنازع فالمحذور قائم الثاني ان تقديم قول مدعي الصحة انما يتحقق على ما بيناه حيث يتفقان
على حصول اركان العقد ويختلفان في وقوع المفسد فان التمسك لنفيه بالاصل هو المحقق لكون مدعي
الصحة منكراً دون ما اذا اختلفا في شيء من اركان العقد فانه لا وجه للتقديم حينئذ وبهذا يتبين
ان مدعي الصحة هنا لا يتم قوله على جميع الاحوال لان الاختلاف وقع في ركن العقد وتعيين
الاجرة فيكون ادعاؤه كادعاء اصل العقد وعدم تفاوت الاجرة باجرة المثل لا يكون مصححاً
لتقديم قوله باليمين غاية ما في الباب ان الاختلاف ح لا يظهر له ثمرة واعلم انه قد يقال ان قوله لو ادعى
اجرة معلومة مغن عن قوله او عوضاً معيناً فالتعرض له لا فائدة فيه قوله المزارعة مفاعلة من
الزرع وهي معاملة على الارض بحصة من نمائها لا شك ان المزارعة في اصل اللغة مفاعلة من الزرع وهذا
المعنى متحقق مع المعنى الشرعي لان المعاملة المذكورة يقارنها الزرع من المتعاملين وان كان
بمباشرة احدهما لان الآخر بامره اياه زارع وفي الشرع معاملة على الارض بالزراعة بحصة من نمائها
وبالقيد الاخير يخرج باقي اقسام الاجارة وهل هي من الاجارة ام بعض منها فيه اختلاف ولا كثير فائدة في
تحقيقه قوله ولا بد فيها من ايجاب كقوله زارعتك وعاملتك او ازرع هذه الارض على كذا لا ريب انه
لا بد في المزارعة من ايجاب بالعربية كغيرها من العقود اللازمة وهو ما يدل على تسليم الارض للزراعة
بحصة مشاعة كقوله زارعتك وما شابهه وهل يكفي ازرع هذه الارض فيه اشكال ينشأ من ان المعتبر
عند الشارع من صيغ الانشاء الماضي فلا ينعقد ببعض المستقبل وفعل الامر ومن دلالة على المقصود
ولروايتي ابي الربيع الشامي والنضر بن سويد عن ابي عبد الله ع يقول لصاحب الارض ازرع لي ارضك ولك
منها كذا وكذا ويضعف بان مجرد الدلالة لا يكفي بل لا بد من الصيغة المعتبرة شرعاً ولا دلالة في الروايتين
على ان هذا القول هو العقد مع انه لا تصريح فيه بالقبول فيمكن ان يكون هذا من جملة القول الذي يكون بين
المتعاقدين قبل العقد ليتقرر الامر بينهما والاصح عدم الصحة واعلم انه سبق في الرهن الاجتزاء بقوله هذا
وثيقة مع انه ليس بصيغة الماضي وظاهرهم الاتفاق على صحته ويمكن ان يقال ان اسم الاشارة مشعر
بالماضي لان انشاء قوله وثيقة في معنى الماضي في الصراحة وعلى كل حال فلا يجوز ذلك في غير الرهن قوله
والقبول هو كل لفظ او فعل دل على الرضا لا شك في الانعقاد بوقوع القبول بصيغة الماضي بالعربية
مع الامكان وهل يكفي القبول فعلاً فيه نظر ينشأ من حصول المقصود به وهو الدلالة على الرضا ومن
ان السبب لا بد من كونه سبباً عند الشارع ولم يثبت كون الفعل كذلك ولان العقود اللازمة لا يتسامح
بمثل ذلك والاصح العدم وفاقاً للتذكرة قوله وهو عقد لازم من الطرفين لا يبطل الا بالتقايل او بموت

وهو م

المقصد الثاني في المزارعة
وفيه فصلان الاول في اركانها وهي
اربعة الاول العقد المزارعة ... متن

او سلمتها اليك للزرع وشبهه على كذا
بحصة معلومة من حاصلها متن

احدها انه لازم هذا العقد من الطرفين امر متفق عليه ولانه الاصل في العقود اللازمة لظاهر قوله تعالى اوفوا
بالعقود وقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم ولما كانت معاملة الفسخ بالتقايل في مقابل قوله لا يبطل بموت
احدهما لم يرد انه قد يبطل بغير ذلك كانقطاع الماء وفساد منفعة الانبات في الارض وللتعرض خلافا
فان المزارعة لا تبطل بموت احد المتعاقدين بل ان مات العامل قام وارثه مقامه في العمل والا استاجر الحاكم
عليه من ماله او على الحصة وان مات المالك بقيت المعاملة بحالها وعلى العامل القيام بتمام العمل ولو تضمن العقد
شرطا سائغا لا يقتضي الجهالة لزم المراد بالسائغ الجائز كما هو معلوم وهل يخرج به ما ينافي مقصود الزراعة
نظرا الى كونه غير سائغ بالنظر الى هذا العقد فيه احتمال ولا بد ان يراد بما لا يقتضي الجهالة ما لا يقتضي جهالة زائدة
على القدر الذي يتاذى به عقد المزارعة ولو عقد بلفظ الاجارة لم ينعقد وان قصد الاجارة او الزراعة اي اذا
عقد المزارعة بلفظ الاجارة لم تصح سواء قصد باللفظ حقيقتها ام قصد المزارعة اما اذا قصد الاجارة فلان
العوض مجهول وفي الاجارة لا بد من كون العوض معلوما ولانه مشروط من غلة الارض وهو مع كونه معدوما مشروط
من معين فيحتاج ومثله لا يجوز بل يجب ان يكون المشروط من العوض في موضع الصحة مما يندر اجتياحه حتى يكون
الغالب صحة العقد واما اذا قصد المزارعة فلان الفاظ العقود لم يثبت جواز استعمالها في عقد آخر لان اسبابها الشرع
يحتاج الى التوقيف ثم يمنع من اجارة الارض بكل ما يصح ان يكون عوضا في الاجارة او المزارعة ربما اوهم ذلك
عدم جواز الاجارة بالطعام فاستدرك بقوله نعم يجوز لمنع هذا الوهم والمعنى ان العوض في الاجارة كما يصح ان
يكون طعاما لصلاحيته لان يقابل به المال لكن يشترط لصحة الاجارة ان لا يكون ذلك الطعام الذي هو الاجرة
مشروطا كونه مما يخرج من الارض لما قدمناه ولقول الباقر عليه السلام وقد سئل عن اجارة الارض بالطعام قال ان كان
من طعامها فلا خير فيه واذا كان كله شرا وجب اجتنابه وقوى المصنف في التذكرة ما جزم به هنا ومنع ابن البراج
من اجارة الارض بالطعام استنادا الى صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام وهي محمولة على كون المشروط كونه اجرة
من نمائها جمعا بين الاخبار ويكره ان يشترط مع الحصة شيئا من ذهب او فضة حكى في المختلف قولا بالمنع
من اشتراط شيء آخر مع الحصة غير معين بكونه من ذهب او فضة وحكى القول بالكراهة عن الشيخ وهو الاصح
لعموم المؤمنون عند شروطهم ويجوز على اكثر من عام واحد اذا ضبط القدر ويدرك الزرع فيها علما او ظنا
صح لوجود المقتضي للصحة وانتفاء المانع وان الظن مناط الشرعيات ولو علم القصور فاشكال ينشا من عموم
اوفوا بالعقود ولامكان التراضي على الابقاء بعد ذلك ومن ان العوض في المزارعة هو الحصة من النماء ولا
يتحقق في المدة فيبقى العقد بغير عوض حاصل عند انتهاء المدة ولان ذلك خلاف وضع المزارعة والاصح عدم
الصحة ولو ذكر مدة يظن الادراك فيها فلم يحصل فالاقرب ان للمالك الازالة مع الارش او التبقية بالاجرة

ولما كان الحصر في قوله لا تبطل الا بالتقايل م

غير طعام كذا يصح ان يكون م

الثاني تعيين المدة ولا بد من ضبطها بالشهور والاعوام ولا يكفي تعيين المزروع عنها ويجوز على اكثر متن

سر الاذن

٣٢

سواء كانت بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير او من قبل الله تعالى كتغيّر الاهوية وتأخير المياه لا كلام في صحة العقد في نفسه لاستجماع الامور المعتبرة فيه لكن هل للمالك الازالة ام لا الاقرب عند المص هنا ان له الازالة مع الارش او التبقية وهو تفاوت ما بين كونه قائما بالاجرة ومقلوعا او التبقية بالاجرة ويجب على الزارع اجابته الى ما يختاره المالك منهما لان ايجاب عوض في ذمته اي مقتضى العقد لا يعقل بدون رضاه ويكون مستدركا لانه سيأتي بعد ذلك ولا يكون ذكره في حيز الاقرب صحيحا لان ذلك مقطوع به ووجه القرب ان المعاملة انما تناولت الزمان المعين فلا حق للزارع بعد انقضائه فيثبت جواز الازالة لكن بالارش لان الزرع كان بحق وللادراك امد ينتظر فلا يجوز القلع بدون بلوغه لكن تجب الاجرة جمعا بين الحقين ويضعف بان الاستحقاق انما هو في المدة اما بعدها فلا ولا فرق عند المص بين كون عدم حصول الادراك بسبب الزارع كالتفريط بتأخير الزرع او من قبل الله تعالى كتغير الاهوية وتأخير المياه وهذا

الرابع مخالف لما تقدم في الاجارة من ان التأخير اذا كان تفريطا يكون عند انتهاء المدة كالغاصب واذا كان بغير تقصير منه يجب الابقاء الى الادراك بالاجرة ... الادراك ويتفرع على هذا البحث بان الاول انه على كلام المص يحتمل عدم وجوب الارش بالقلع لان تعيين المدة يقتضي جواز التفريغ بعدها فان نوقش بان لادراك الزرع غاية تنتظر وهي مطلوبة في اصل المعاملة ولهذا اشترط لصحتها كون المدة بحيث يمكن بلوغه فيها علما او ظنا فاذا تخلف الظن فالمناسب عدم تضييع مال الزارع بقلعه قبل الادراك الملحوظ بلوغه في المعاملة فيجب التبقية بالاجرة جمعا بين الحقين لم يتم ذلك لانا كان الزارع فرّط بالتأخير فيكون قد شغل ارض الغير عدوانا او عمدا فيناسب ان لا يكون معذورا فلا يتم اطلاق المص جواز القلع كما في التحرير وانه لم يصرح فيه بوجوب الارش ولا الاطلاق عدم جواز القلع في التذكرة لا يقال ما سبق كان حكم الاجارة وهذا حكم المزارعة لانا نقول المزارعة احرى بما قلناه لانه يجوز استيجار الارض مدة

فيها نظر لزرع لا يدرك فيها في اصح الوجهين وهنا لا يجوز على الاصح لان البلوغ هنا مقصود في نفس المعاملة فيتلخص من هذا الفرق بين التفريط وعدمه فلا يجب الارش في الاول ويجب على الزارع احتمال وجوب الابقاء بالاجرة ايضا في الثاني ب متى حكمنا بجواز القلع فقلع المالك وقلع مع عدم الجواز فيكون حكم المقلوع هل هو بجميعه ملك للعامل على تقدير كون البذر منه وليس للمالك منه شيء او يكون حق المالك فيه من حين ثبوته فان قلنا بثبوت الحق للمالك فيه فالواجب نماه هو ارش حق العامل ويقتضي كلام الشيخ وابن ادريس والمص في المختلف ان النماء على كل واحد منهما وان لم يكن البذر منهما ان الزرع يجب لكل واحد منهما نصابا لكون النماء على ملكهما ويبعد ثبوتها الا ان ذلك حين انعقاد الحب ومع كمال القرائن لزرع بالظهور

ولا يكون تقصير مال الزارع بعوض وان ... تراضيا على الابقاء بعوض او مجانا فلا بحث ... دون الابقاء لان الزرع كان بحق م

يؤيد ذلك وقد انكره ذلك ابن ادريس قوله هل يثبت للمالك اجرة الارض مع القلع ليس ببعيد لاستحقاق
اذا كان التاخير بتفريط الزارع لانه ضيّع على المالك منفعة الارض باختياره فانه انما بذلها في مقابلة
الحصة وقد فوتها الزارع بتفريطه ولو انضم تفريطه الى قلة الحاصل على خلاف العادة بحيث انه لولا التفريط يط
لم يحصل ذلك النقصان الناشئ فليس ببعيد وجوب اكثر الامرين من ذلك الحاصل واجرة المثل قوله
اذا كان ليس ذلك كله من المالك وقلع المالك فلا معنى للارش هنا الا اذا قلنا ان الزرع ينموا على ملكهما ان م
وعلى كل تقدير فللعامل اجرة لا ريب انه لا اجرة له اذا كان التاخير بتفريطه لان العقد وان من مزارعة
فانما اذا كان من قبل الله تعالى فينبغي ذلك ايضاً لان المالك لم يفوت عليه شيئاً واعلم ان هذه المسئلة من المهمات
ولم اظفر فيها بكلام للاصحاب ولا لغيرهم سوى ما حكيته والباقي محل النظر والتامل قوله حيث يجب الارش
يقوم الزرع قائماً بالاجرة لانه لا يستحق شغل الارض في المدة ولا بعدها مجاناً بل في المدة بالحصة وبعدها
باجرة المثل ولا يلحظ في كونه قائماً بالاجرة استحقاقه للقلع لان ذلك يجعل بتدارك فائته اذ هو بمنزلة العلف
ح وانما المراد بالارش تدارك نقصانه في الحالة التي هو عليها ويحتمل ان يلحظ فيه استحقاقه للقلع بالارش لان
حالته التي عليها مستحق القلع فلا يعتبر ما ليسته ويعتبر ما هو عليه وهذا ايضاً لم اظفر فيه بشيء والثاني
ليس بذلك البعيد قوله ولو اتفقا على التبقية بعوض صح ان كان معلوماً اشتراطه كونه يستحق تردده لكن لا بد معلوماً
من تعيين المدة ايضاً ولو اطلق العوض ولم يعين المدة فاجرة المثل ولو اتفقا على ابقائه كل شهر بكذا ففي
لزومه تردد فان قصدا به جعالة صح والا فالاجود لزوم اجرة المثل لعدم صحة مثل ذلك اجارة قوله ولو شرط
في العقد تاجيله ان لم يحصل ... فالاقرب البطلان وجه القرب ان الشرط من جملة العوض فاذا تضمن
جهالة بطل به العقد كما لو كانت المدة مجهولة ولان مدة المزارعة ح هي ما تضمنها الشرط لا المعينة لوجوب
التاخير عنها ان لم يدرك فيكون ذكرها لغواً وما تضمنه الشرط مجهول فيكون العقد باطلاً لعدم
تعيين المدة ويحتمل الصحة لان الشرط تابع وقد يغتفر في التابع ما لا يغتفر في غيره وهو ضعيف والاصح
البطلان قوله ولا يشترط اتصال المدة بالعقد سبق الكلام عليه في الاجارة قوله بان يكون لها ماء اما من بئر
او نهر او عين او مصنع لا معنى لهذا الحصر فلو كان لها ماء من الغيث او من زيادة موثوق بها غالباً صحت
المعاملة عليها قوله وكذا لو آجرها للزرع قد سبق في الاجارة انه لو آجرها واطلق كان كما لو آجرها للزرع
حيث ان المقصود الاصلي والغالب في مثلها هو الزرع قوله ولو زارعها او آجرها له ولا ماء لها تخير العامل
مع الجهالة لا مع العلم لكن في الاجرة يثبت المسمى في قوله زارعها تجوّز غير حسن لانه لا معنى لمزارعة الارض
وان كان المراد معلوماً والضمير في قوله له يعود الى الزرع اي لو آجرها للزرع وفي قوله تخير العامل مع الجهالة

الثالث امكان الانتفاع بالارض في الزرع بان يكون لها متن

نظر فان ثبوت الخيار فرع صحة المزارعة وقد علم ان من شروط صحة المزارعة امكان الانتفاع بالارض في
الزرع وكذا القول في الاجارة للزرع وقد سبق في كلام المص في الاجارة من هذا الكتاب بطلان
الاجارة للزرع مع عدم الزرع الماء وعدم العلم بحالها وكذا في التذكرة وقد خالف كلامه
في هذا الباب هنا وفي التذكرة ما سبق في الاجارة واعلم ان المص في التذكرة قال اذا لم يكن للارض
ماء يمكن زرعها به الا نادرا فقوى جواز المزارعة عليها اشكال والذي يقتضيه النظر بطلان العقد
من راس اذا عرفت هذا فاعلم ان قول المص لا مع العلم يريد به عدم بطلان المزارعة والاجارة للزرع
مع العلم بان الارض لا ماء لها وهو صحيح على القول بجواز التخطي الى غير المنفعة المشروطة مما يكون
مساويا او اقل ضررا ويحتمل ان لا شيء للمالك في المزارعة لعدم امكان الانتفاع الذي هو حصول الحصة
المشترطة متوقف عليه اما في الاجارة فيجب المسمى لصحة الاجارة وعلى البطلان فلا يجب شيء
ولو استاجر ولم يشترط الزرع لم يكن له الفسخ الظاهر ان مراده وان لم يكن عالما بحالها وهو المطابق
لما في التذكرة في هذا الباب لامكان الانتفاع بها بغير الزرع لا سيما فيما [illegible] الرحل ويشكل
اطلاق العبارة بما اذا كان الغالب على الارض ارادتها للزراعة فان المنفعة المطلوبة منها عرفا حاصلة
وكذا لو شرط الزراعة وكانت [illegible] تترتب بالغيث غالبا ايض وكذا ليس له الفسخ لو شرط الزراعة والا
حسن ان يكون المراد وكذا يصح الاجارة لو شرط الزراعة [illegible] الكلام ما يقتضي كون وجه التشبيه
ذلك ولو انقطع الماء في الاثناء فللزارع الخيار ان زارع او استاجر وعليه اجرة ما سلف هذا راجع
الى اصل الباب ومعناه انه اذا انقطع الماء الدائم او الغالب في الاثناء فللزارع الخيار ان كان
العقد مزارعة او اجارة للزرع ولا يبطل من راس بناء على ان المزارعة على مثل هذه الارض جائزة
وكذا الاجارة بشرط الزرع لامكان الانتفاع بها بغير ذلك بناء على جواز التخطي ويمكن ان يكون
مخصوصا بالتي تشرب بالغيث غالبا فانه في التذكرة فرضها في التي لها ماء يعتورها وفيه الحاجة
وكيف كان فاذا انقطع في اثناء مدة الاجارة لزمه اجرة ما سلف ويرجع بما قابل المدة المختلفة بخلاف
المزارعة فانه لا يلزمه شيء او شرط اجزاء غير مشاع بان شرط احدهما النماء باجمعه المتبادر
من قوله النماء باجمعه هو مجموع الحاصل بالزراعة لكن عدّ ذلك جزءا من الزرع مشكل وربما نزل على ان
المراد بالنماء ما زاد على البذر ليتحقق الجزئية وهو ممكن او يشترط احدهما الهرف وللآخر الافل
الهرف هنا هو المتقدم اعني ما زرع عاجلا فادرك والافل خلافه او ما يزرع على الجداول والآخر
[illegible] ما افترت الجداول بالالواح في الارض التي تجمع التراب [illegible] وعبارة التذكرة تشعر بان
الخطوط

الرابع الحصة ويشترط فيها امران
العلم بقدرها والشياع فلو اهمل ذكرها
بطلت وكذا لو جهلا قدرها او شرطا
٤ متن
او يشترط احدهما قدرا معلوما من الحاصل
كعشرة اقفزة والباقي للآخر متن

المراد بها الانهار فانه قال او يشترط احدهما ما على الجداول والسواقي والآخر ما عداه وبالجملة
فلا بد ان يكون مجموع الزرع بينهما على الاشاعة قوله ولو شرطا ان يكون الباقي بعد العشر بينهما او
شرطا اخراج البذر اولا والباقي بينهما بطل على اشكال الاشكال في المسئلتين احديهما ما اذا شرطا
ان يكون لاحدهما عشر او عشرة اقفزة وما يبقى بعد العشر بينهما ومنشأه من عموم اوفوا بالعقود والمؤمنون
عند شروطهم ومن ان ذلك مخل بوضع المزارعة لامكان ان لا يخرج من الارض الا ذلك القدر المعين
فيكون الحاصل مختصا باحدهما لا يقال لو كان الغالب على حال الارض عادة زيادة الحاصل على
المعين لم يضر الاحتمال النادر الوقوع كما لا يضر احتمال عدم حصول شيء في اصل المزارعة
لانا نقول وان ندر ذلك لكنه لمنافاته لوضع المزارعة اقتضى البطلان لان وضعها على الاشتراك
في الحاصل كائنا ما كان وايضا فان العقود بالتلقي فما لم يثبت شرعيته يجب التوقف في صحته الثانية
ما اذا شرطا اخراج البذر اولا والباقي بينهما ومنشأه ما سبق وقد اختلف الاصحاب هنا فجوز
الشيخ وابن ادريس وابن البراج مع انهم منعوا الحكم في الاولى وذهب جماعة الى عدم الجواز وتردد
المص فيهما وعدم الجواز فيهما اظهر قوله ويجوز التفاضل في الحصة والتساوي للنص والاجماع قوله ولو
شرط احدهما على الآخر شيئا يضمنه له من غير الحاصل مضافا الى الحصة صح على رأي اشارة الى
قول الشيخ فانه حكم بكراهة ذلك ولا مانع من الصحة والكراهة لتصريح الاصحاب وقيل بالمنع نقله المص
وغيره ولا يعرف قائله والاصح الاول قوله اطلاق المزارعة يقتضي تخيير العامل في زرع اي نوع
شاء لان الاطلاق يستلزم جواز اي فرد كان لوجود المطلق في ضمنه ويضعف بلزوم الضرر
لان المزروعات متفاوتة في الضرر تفاوتا فاذا لم يتحقق الرضا بالاضر لم يجز فعله ومع الاطلاق
لا نص على المعين فيجب التعيين او التعميم فان قيل اي فارق بين الاطلاق والتعميم قلنا الفرق
ان الاطلاق انما يقتضي تجويز المطلق وهو القدر المشترك بين الافراد ولا يلزم من الرضا بالقدر
المشترك الرضا بالاشد ضررا من غيره اذ ليس في اللفظ اشعار بذلك الفرد ولا دلالة على
الاذن فيه والرضا بزيادة ضرره ولا يخفى ان الرضا بالقدر المشترك انما يستلزم الرضا بمقدار
الضرر المشترك بين الكل ولا شيء يدل على الرضا بالزائد ولما لم يكن للفظ دلالة على الاقل
ضررا والمتوسط تطرق الضرر اما اذا عمم فانه قد اذن في كل فرد فرد فيدخل الاشد وغيره والا
صح وجوب التعيين ان لم يعمم وقوله في التذكرة قوله ويتعين بالتعيين يحتمل ان يكون مراده
بالتعيين هو ذكر زرع نوع في العقد وهو المتبادر الى الفهم والاصح الا انه يكون مخالفا لما سبق

الفصل الثاني في الاحكام

في الاجارة من تردده في ذلك وقد صرح المص في التذكرة والتحرير في هذا الباب بانه لو عين له
لم يجز التعدي ثم قال انه لو زرع الاقل ضرراً جاز وظاهر هذه العبارة متدافع والاصح عدم جواز
التعدي عن المعين الى غيره كما في الاجارة بل هنا اولى لان التعدي في الاجارة الى الاخف نفع محض
للمالك لان الاجرة معينة بخلاف ما هنا لان العوض هنا هو الحصة وربما تفاوتت الانواع فيها
باعتبار الكثرة الحاصلة او القيمة او تعلق غرض المالك بكونها من النوع المعين فبمجرد التخطي يفوت نفع
المالك وغرضه قوله فان زرع الاضر فللمالك الخيار بين المسمى مع الارش وبين اجرة المثل اي لو تخطى
المعين الى الاضر تخير المالك بين المسمى اي بين قدر المسمى من ذلك المزروع اذ المسمى جزء مع ارش
نقص الارض باعتبار الاضر وبين اجرة المثل للمزروع ووجه التخيير ان مقدار المنفعة المعقود
عليها قد استوفي بزرع الاضر مع زيادة فان شاء اخذ المسمى في مقابل المنفعة والارش في مقابل
الزيادة وان شاء اخذ اجرة المثل لان المزروع غير المعقود عليه وفيه نظر فان المزروع غير معقود
عليه والحصة المسماة انما هي من نمائه فكيف يجب الحصة منه والمنفعة لم تجر المعاملة عليها مطلقاً بل انما جرى
على استيفائها في المعين ثم ان الارش الذي هو عوض نقص الارض لا يفي باجرة المنفعة الزائدة
التي استوفيت بزرع الاضر فانما هو عوض الفائت من الارض وليس هذا كالاجارة يمكن ايجاب المسمى
واجرة المثل للزيادة لو سلك الدابة طريقاً اشق لان المسمى في الاجارة مدلول والحصة في المزارعة
لا يعلم كميتها فالاصح حينئذ وجوب اجرة المثل قوله ولو زرع الاخف تخير المالك بين الحصة مجاناً واجرة
المثل فيه نظر يعلم مما تقدم والاصح وجوب اجرة المثل قوله ولو شرط نوعين متفاوتين في الضرر افتقر
الى تعيين كل منهما اي لو شرط ان يزرع العامل نوعين متفاوتين في الضرر معاً وجب تعيين كل قدر — قدر م
منهما اما بالكيل او الوزن واما بتعيين الارض مثل ان يزرع هذه القطعة حنطة وهذه شعيراً
ومفهوم قوله متفاوتين في الضرر انهما لو لم يكونا متفاوتين فيه لا يجب التعيين وليس ببعيد مع
تحقق الغرض لا عدده وعلى ما نقلنا العبارة عليه فكان حقه ان يقول افتقر الى تعيين قدر كل
منهما لانهما معينان ويحتمل معنى آخر هو انه لو شرط نوعين على طريق البدل وجب التعيين لكنه
بعيد على انه انما يجب التعيين اذا لم يكن ذلك على طريق التخيير بينهما قوله وللمزارع ان يشارك
غيره وان يزارع عليها غيره وان لم ياذن المالك وذلك لانه قد ملك المنفعة فكان له نقلها ونقل
بعضها الى غيره ولا يتوقف ذلك على اذن المالك لانه لا حق له في المنفعة نعم لا يجوز له تسليم
الارض الا باذنه كما سبق في الاجارة والمراد بالمشاركة ان يبيع بعض حصته له بشيء معلوم

من ذهب وفضة ونحوهما المنقولة سماعة الدالة على ذلك ولا بد من رعاية شرائط البيع من وجود الزرع
وظهوره بحيث يمكن تقويمه وشراؤه [illegible] نعم لو شرطا الاختصاص لم يجز المشاركة ولا المزارعة
اي لو شرطا في عقد المزارعة الاختصاص بالعمل والحصة لم يجز المشاركة في الحصة ولا المزارعة بحيث
يصير العمل متعلقا بغيره كلا او بعضه لابتنائها على اشتراط عدم الشركة فيقتضي منع المالك من التصرف باله
وهو مناف لقوله الناس مسلطون على اموالهم لانا نقول لا ريب ان للمالك اشتراط منع الغير
من شغل ارضه بزرعه وان لزم من ذلك منع المالك من نقل بعض حقه من الزرع الى غيره ولا ريب
ان تسلط الناس على اموالهم فيما هو بينها لا يقتضي ضياع حق الآخر فان الراهن ممنوع من ملكه
بما ينافي حق المرتهن [illegible] وخراج الارض ومؤونتها على المالك الا ان يشترطه على العامل فان شرطه
عليه صح ولزم ان كان المقدر معلوما والخراج معلوم وهو طسق الارض واما المؤونة التي ذكرها
فلم يبين مراده منها في هذا الكتاب ولا غيره ولعله يريد ما يضطر اليه للارض باعتبار زرعها
مما لا يجب على العامل [illegible] واصلاحها وتنقية الارض من الاحجار المضرة بالزرع ونحو ذلك من
الاعمال التي لا تتكرر كل سنة ومنه [illegible] الارض مع الحاجة [illegible] وتصح المزارعة اذا كان من احدهما
الارض خاصة ومن الآخر البذر والعمل والعوامل وكذا اذا كان البذر لصاحب الارض او العمل منه
او كان البذر منهما سواء اتفقا في الحصة او اختلفا وسواء تساويا في البذر او تفاوتا او اذا كان البذر
لصاحب الارض ومن العامل العمل صحت المزارعة عند كل من سوغها فاذا كان البذر من العامل او منهما
فهي صحيحة عندنا ولا فرق في ذلك بين التساوي في الحصة والتفاوت وكذا لا فرق اذا كان البذر
منهما بين التساوي والتفاوت والاصل في ذلك قصة خيبر ومزارعة النبي صلى الله عليه وآله
اليهود عليها على ان يزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها وظاهر هذا ان البذر من اهل خيبر ويدل عليه ذكر
من الاخبار كصحيحة يعقوب بن شعيب عن الصادق ع [illegible] فاذا جاز كون البذر من العامل او المالك
جاز منهما لانه اذا جاز ان يكون جميعه من العامل فبعضه اولى [illegible] وفي صحة كون البذر من ثالث نظر
وكذا لو كان البذر من ثالث والعامل من رابع [illegible] وذلك بان يشترط البذر على غير المتعاقدين
سواء كان لذلك المشروط عليه البذر حصة من النماء ام لا ومنشأ الاشكال من عموم اوفوا بالعقود
ومن ان المعاملة توقيفية للشارع ولم يرد النص بمثل هذا والاصح عدم الجواز وفاقا وكذا لو كان
البذر من ثالث والعوامل من رابع معنا وكذا في الفتح نظر ولو كان البذر من احدهما والعوامل
من ثالث والعمل من الرابع [illegible] ايضا [illegible] وكل مزارعة فاسدة فان الزرع لصاحب البذر وعليه اجرة الارض

العامل

التسميد وهو السماد في الارض [illegible] وهو السرجين ونحوه

والعوامل

والفدان هذا اذا كان البذر من غير صاحب الارض والفدان من صاحبهما اما اذا كان البذر منه
فقد اشار بقوله ولو كان البذر من المالك فعليه اجرة المالك ووجه الحكم في المسألة الاولى انهما دخلا العامل
على ان لصاحب الارض والفدان حصة من النماء في مقابلة منافعهما وقد فاتت فيجب الرجوع الى اجرة
المثل ومنه يظهر وجه في الثانية والفدان كسحاب ويشدد الثور او الثوران يقرن للحرث بينهما
ولا يقال للواحد فدان او هو آلة الثورين قاله في القاموس والاطلاق يقتضي كون البذر على
العامل ويحتمل البطلان ووجه الاول ان الغالب في عادة المزارعين ذلك والاطلاق يحمل على الغالب
ولقول الصادق ع في صحيحة يعقوب بن شعيب وقد سأله عن المزارعة النفقة منك والارض
لصاحبها ويضعف بان العادة انما يجب حمل الاطلاق عليها اذا كانت مستقرة مطردة لا تتخرم
ولم يثبت كون المتنازع فيه كذلك والحديث لا يراد ظاهره قطعا للاتفاق على ان النفقة اذا كانت
من صاحب الارض كانت المزارعة صحيحة فلا بد من الاتيان بالنوع في المزارعة وقول الفاضل الشارح في جوابه
ان المفرد المحلى باللام لا يفيد العموم لا يجدي نفعا لان ذلك وقع تفسيرا للمزارعة المسؤول عنها
فيجب ان لا يقع على غيره والا لم يكن جوابا صحيحا ولعله ع ارشده الى نفعه ودفع الناس عن الباقي
المزارعة بعينه في العقد ولم يكن ذلك بيانا لحكم اطلاق العقد من غير تعيين ووجه الثاني
صدق المزارعة على كل منهما ولا دلالة للعام على احد افراده بخصوصه فاذا اطلق العقد كان باطلا
للجهالة وهو لا يصح ولو اطردت العادة بشيء ولم تتخرم بحيث لا يفهم من الاطلاق سواه لم يجب
التعيين وحمل الاطلاق عليه ولو تناثر من الحاصل حب فنبت في العام الثاني فهو لصاحب البذر
ولو كان من مال المزارعة فهو لهما اي لو تناثر من حاصل المزارعة حب فنبت والتقييد بالعام الثاني
بناء على الغالب اذ قد ينبت في العام الاول فهو لصاحب البذر اي فهو لصاحب ذلك الحب في المزارعة
لان الحب بذر فيجوز التعبير عنه بكل من العبارتين وذلك انما يكون بعد تعيين كل واحد من الحصتين
ولو كان من مال المزارعة المشتركة وذلك قبل القسمة فهو لهما على نسبة الاستحقاق وربما استضعف
تنزيل العبارة على ما قررته من قوله فهو لصاحب البذر على ما اذا كانت المزارعة فاسدة وحمل البذر فيها على البذر
في تلك المزارعة وانت خبير بانه لا حاجة الى هذا التكلف البعيد المفوت لجزالة العبارة حيث
تنزل ذلك على فساد المزارعة بغير اشعار من العبارة وما بعده على صحتها مع انهما قسمان حقهما ان يكون
متعلقهما واحدا ولا تتجه في حمل البذر في العبارة على الحب لصلاحية الحب لان يكون بذرا ولصدق
اسم البذر عليه باعتبار كونه قد نبت اذا عرفت هذا فاعلم انه متى كان الحب لغير صاحب الارض وبعضه

الخَرص الحَزْر والاسم بالكسر كم خرص ارضك قاموس

وجب تفريغها منه بمطالبة المالك واجرة المثل وطم الحفر ولو لم يطالب فلصاحبه المطالبة بذلك لدفع
لزوم الاجرة وقد سبق شله هذا في العارية ويجوز للمالك الخرص على العامل ولا يجب القبول فان
قبل كان استقراره مشروطا بالسلامة فلو تلفت بآفة سماوية او ارضية او نقصت لم يكن عليه شيء اي
اذا بلغت الغلة جاز للمالك الارضاء ان يخرصها على العامل فان شاء ان يأخذها بما خرص وكان عليه
حصة صاحب الارض من الخرص سواء زاد الخرص ونقص عند التصفية ولا يجب على العامل القبول
لكن ان قبل لزمه ذلك عملا بعموم الوفاء بالعقد فلا بد من ايجاب وقبول بلفظ التقبيل والصلح او ما ادى
هذا المعنى وقرار هذا التقبيل مشروط بالسلامة فان تلفت الغلة بآفة سماوية او ارضية فلا شيء

المتقبل

على المتقبل فان تلف البعض سقط من الحصة بالنسبة فقول المص لم يكن عليه شيء محمول على ان
المراد لم يكن عليه شيء في مقابل التلف سواء كان البعض او الكل ولا اصل في ذلك الا خبار عن
النبي والائمة عليه وعليهم السلام الا ان اشتراط الحصة بالسلامة ذكره الاصحاب ويرد عليه ان الحصة
ان كانت مضمونة لم يكن للاشتراط المذكور محصل والا لم تكن هذه على نهج المعاوضات ويمكن الجواب
بان هذه المعاوضة لا تخرج باشتراط السلامة عن نهج المعاوضات فان المبيع في زمان الخيار من مال
البايع وان تلف في يد المشتري لكن بغير تفريط اذا كان الخيار للمشتري وما هنا لا يزيد على ذلك
والظاهر ان المراد بالآفة السماوية والارضية ما يكون من الا يحتمل تضمينه فلو اتلفها متلف
فالظاهر ان الحصة بحالها عملا بالاستصحاب ويطالب المتقبل المتلف ويحتمل ان يريد المص بقوله
او ارضية ما يعم هذا فتسقط الحصة ايضا باتلاف المتلف وهو بعيد واعلم ان قول المص او نقص
يجب حمله على ما اذا كان النقص بالآفة اما اذا كان نقصا في الخرص بحيث لم يطابق الحاصل فانه لا يسقط
من الحصة شيء وقد دل على ذلك مرسلة محمد بن عيسى عن بعض اصحابه قال قلت لابي الحسن ع ان لنا اكرة
فنزارعهم فيقولون قد حزرنا هذا الزرع بكذا وكذا فاعطوناه ونحن نضمن لكم ان نعطيكم حصته على هذا الحزر قال وقد بلغ قلت نعم قال لا بأس بهذا قلت فانه يجيء بعد ذلك ويقول لنا ان الحزر لم يجئ كما حزرت الزارعون

وقد نقص قال فاذا زاد يرد عليكم قلت لا قال لكم ان تأخذوه بتمام الحزر كما انه اذا زاد كان له كذلك
اذا نقص وعبارة المص في التحرير هذه وعليه دفع حصة الارض سواء زاد الخرص ونقص ولو زاد فاباحه
على شهاله قد ينشأ الاشكال من رضا المالك بالحصة من القدر المخروص وهو يقتضي اباحة الزائد من
ان الجميع حق له فلا ينتقل عنه الا بناقل وانما رضي بذلك لتقديره بناء على مطابقة الخرص وقد تبين عدمها
وليس بشيء لان ذلك معاوضة كما صرح المص في التحرير بان هذا نوع تقبيل وصلح والعجب ان الشارح

الناقل ولا الله اعترف بان هذا التبديل يصح قال وجاز مع الجهالة لان مبنى عقد المزارعة على الجهالة
ثم قال فنشأ الاشكال الذي ذكره المص من هذا فانه لو لم يكن اباحة لم يكن فيه فايدة انا لم نقل بقول الشيخ
فلا يسوغ فانه اذا كان صلحا صحيحا فلا وجه للاشكال ولا حاجة الى كون الزايد ويمكن ان يكون الاشكال اباحة م
منظورا فيه الى ان الربا يعم المعاوضات فيشمل الصلح المشتمل على الزيادة نظرا الى اشتمال المعاوضة
على الزيادة الموجبة فلا وجه للاشكال ولا حاجة الى كونه للربا فلا نعم وان المالك حيث رضي بالحصة
من الخرص فقد اباح الزايد لكن على هذا يشكل بصنايع النقص فلا وجه للاقتصار على الزيادة
والذي يقتضيه النظر انه لا محصل لهذا الاشكال بعد ورود النصوص الصحيحة الصريحة بصحة هذه
القبالة من غير تفاوت بين المطابقة في الخرص وعدمها ولا يبعد في كون القبالة بالجواز منين التفاوت
الى الزيادة والنقصان للضرورة فان ذلك مما تعم به البلوى ـ واذا اختلف نوع الزرع جاز الا خلاف
في الحصة منها او التساوي لكن اذا كانت الحصة الموجب منها مختلفة فلا بد من التعيين فيبطل العقد بدونه
ولو كان في الارض شجر وبينه بياض فساقاه على الشجر وزارعه على البياض جاز سواء كان الشجر اقل
من البياض ام اكثر ام تساويا ولا فرق بين ان يكون المساقاة والمزارعة صفقة واحدة او متعددة
ومع الاتحاد لا فرق بين تقديم المزارعة وتاخيرها والشافعي حيث منع من المزارعة لم يجوزها الا تابعة
للمساقاة في المعاملة على الارض المشتملة على نخيل بينه بياض فاشترط اتحاد الصفقة واتحاد العامل واعتبر
بعض الشافعية في العقد ان يكون مشتملا على لفظ المساقاة والمزارعة معا وتقديم المساقاة لتكون
المزارعة تابعة وكل هذا ساقط عندنا الامامية ان شاء الله تع ـ وهل يجوز بلفظ المساقاة مع قصد
الزرع والسقي اشكال ينشأ من احتياج المزارعة الى السقي اي هل يجوز اذا اتحدت الصفقة الاكتفاء
بلفظ المساقاة فان لفظ المزارعة لا يكفي قطعا وذلك مع قصد السقي اللغوي والزرع بلفظ المساقاة
مع قصد معنى المساقاة شرعا بل الاشكال ينشأ من احتياج المزارعة الى السقي والسقي ماخوذ في المساقات
فحينئذ لا يمتنع قصد المزارعة بلفظ المساقاة من الجهة المذكورة لان ذلك مدلول اللفظ فيكون العقد
صحيحا بالنسبة الى كل منهما وفيه ان المساقاة حقيقة معاملة مخصوصة وليس السقي ملحوظا فيها وانما هو
ملحوظ بالنظر الى الوضع اللغوي كما ان المزارعة معاملة مخصوصة وقد وضع الشارع لكل منهما
لفظا مخصوصا فلا يقع احدهما بلفظ الاخرى وهو الاصح ـ ولو آجر الارض بما يخرج منها لم يصح
سواء عينه بالجزء المشاع او المعين او الجميع ـ وذلك للجهالة والغرر فانه اذا آجرها بالجزء المشاع
او الجميع فالجهالة ظاهرة اذ لا يعلم قدر ما يخرج منها ولا وصفه وربما لم يخرج شيء واما اذا آجرها بجزء

معيّن كتعيين حاصلها فان وصفه الذي يخرج عليه ليس بمعلوم وربما لم يخرج ذلك القدر او لم يخرج
شيئا اصلاً ولا بدّ ان يكون الوصف معلوما وان يكون المعيّن في الذمة اكثري الوجود لتصحّ المعاملة
ويقدم قول منكر زيادة المدة مع يمينه وقول صاحب البذر فاذا ادّعى الآخر عليه زيادة عمّا يعترف به
فعلى المدّعي البيّنة وعلى المالك اليمين ولان مدّعي الزيادة فيهما المزارع لترك فيكون مدّعيا بالحصتين
معًا والظاهر انه لا خلاف في ذلك بين الاصحاب ولولا الاجماع لامكن ان يقال ان اتفاقهما على عقد
تضمّن تعيين مدة وحصة تقلع عن الاصل المذكور وكل منهما مدّع لشيء ومنكر لما يدّعيه الآخر وليس
اذا ترك دعوى الزيادة مطلقا يترك فانه اذا ترك العمل طالبه به نعم يجيء هذا اذا وقع الاختلاف
عند انتهاء الامر فيجب التحالف وهو قول الشافعي في نظيره من المساقاة ولو اقاما بيّنة احتمل تقديم
بيّنة الآخر وقيل القرعة وجه الاول ان المقدم هو بيّنة الخارج اعني المدّعي وقد سبق ان المدّعي
في المسئلة الاولى هو مدّعي زيادة المدة وفي الثانية هو غير صاحب البذر فتعيّن تقديم بيّنتهما ووجه
الثاني ان ذلك امر مشكل فيه القرعة ويشبهه ان ذلك على تقدير كلّ منهما مدّعيا ومنكرا واصحّ اما
على القول بان المدّعي احدهما بعينه فلا يجيء احتمال القرعة وحيث اطلق الاصحاب وجوب اليمين
على منكر الزيادة فالمذهب تقديم بيّنة الآخر ولو ادّعى العامل العارية والمالك الحصة او الاجرة
قدّم قول المالك في عدم العارية وله اجرة المثل مع يمين العامل ما لم تزد عن المدّعى وللزارع التبقية
الى وقت الاخذ لا ريب انه اذا ادّعى العامل العارية والمالك الحصة بالمزارعة او الاجرة بالاجارة
كلّ واحد منهما مدّع ومنكر لان العامل يدّعي على المالك اباحة المنافع له والمالك ينكر ويدّعي على العامل
استحقاق الاجرة او الحصة والعامل ينكر فيتحالفان فيحلف المالك لنفي العارية فتندفع دعوى اباحة المنافع
ويحلف العامل لنفي الاجرة او الحصة فتندفع دعوى المالك عليه عوضا معيّنا لانتفاء الاجارة والمزارعة
فيجب اجرة المثل لكن بشرط ان لا تزيد عن المدّعى للمالك فان زادت وجب المدّعى لاعتراف المالك بعدم
استحقاق الزايد فيجيء في هذه الصورة عدم احلاف العامل اذ لا فائدة ليمينه اصلاً لانه لو اقرّ
بدعوى المالك وردّ اليمين على المالك فحلف لم يختلف الحال فلا فائدة هذه اليمين اصلاً وما هذا شانه
فحقّه ان لا يتوجه واعلم ان ما ذكره المصنف من التحالف انما يجيء اذا كان الاختلاف بعد استيفاء المنافع
اذ لو كان في ابتداء الامر كانت اليمين على العامل لنفي دعوى المالك ودعوى العامل العارية تندفع
بانكار المالك وقد سبق بيان ذلك في اول الشارع في الاجارة اذا عرفت ذلك فاعلم انهما اذا
تحالفا وجب تبقية الزرع الى اوان الاخذ لاعتراف المالك بانه زرع بحق ومنه يعلم ان المراد

فلا للحصة وذلك لان الاصل عدم زيادة فيحتاج مدعيها الى البينة وعلى منكرها اليمين وكذلك الاصل في المدة ان يكون لصاحب البذر ٢

كون ه

جرة

باجرة المثل

الاجرة صح — قال م

بأجرة المثل الى اوان الاخذ ... اما لو غصبتنيها فانه يحلف ويأخذ الاجرة والارش ان عابت وطم الحفر وازالة الزرع اي بما سبق من التحالف فيما لو اختلفا في العارية والمعتبر اما لو قال المالك بل لمن سد الارض غصبتنيها وقال الآخر اعرتنيها فان المالك يحلف لنفي العارية فيثبت استحقاقه منافع الارض منه فيطالب بالاجرة مدة ما كانت في يده وارش النقص وطم الحفر وازالة الزرع ان كان لانه قد انتفى بيمين المالك الاستحقاق الذي دعاه الزارع وقال المص في التذكرة في هذه المسئلة حلف العامل على نفي الغصب وكان للمالك الاجرة والمطالبة بازالة الزرع الآخر وهو سهو قطعا ... المساقاة معاملة على اصول ثابتة بحصة من ثمرها هذا هو المعنى الشرعي وقدمه لانه المقصود هنا وبتقييد الاصول الثابتة يخرج المزارعة والمعاملة على ودي غير مغروس وللمغارسة وقوله بحصة من ثمرها هذا هو المعنى الشرعي وقدمه مع كونه بيانا للواقع يخرج به الاجارة للعمل على الاصول الثابتة ونحو ذلك لكن يخرج به المساقاة على ما يقصد ورقه ونحوه لان المساقاة عليها جائزة عند المص وكانه اراد التعريف الجاري على راي الاكثر وفي حواشي شيخنا الشهيد ان الثابتة تقتضي السنين متعددة فيخرج بها الودي وبالثمرة المثلة متقدمة فيخرج بها كل الخيار مما هو ملحق بالزرع ... وهي مفاعلة من السقي وسميت به لان اكثر حاجة اهل الحجاز اليه لانهم يسقون من الآبار ... هذا هو المعنى اللغوي وسميت به اشارة الى علاقة النقل ومناسبة التي هي بين المعنى المنقول اليه والمنقول عنه اي لما كان الامر الذي تشتد اليه حاجة اهل الحجاز وهم الذين كان وضع هذه المعاملة وشرعيتها عندهم هو السقي لانهم يسقون من الآبار سميت هذه المعاملة باسم ماخوذ من السقي لان بقية الاعمال التي يقوم بها العامل من اصلاح الثمرة والتلقيح ونحوهما كالتابع بالنسبة الى السقي لانه الركن الاعظم ... وهو عقد لازم من الطرفين اجماعا ولان الاصل الظاهر قوله تع اوفوا بالعقود وقوله ع المؤمنون عند شروطهم يجب فيه ما يجب في ساير العقود اللازمة من التلفظ بالعربية ووقوع القبول على وفق الايجاب على العقد ونحو ذلك مما يثبت عن قوته وليس لاحدهما فسخه بغير مقتض الا بالتقايل والتراضي ... ولا بد فيه من ايجاب دال على المقصود بلفظ المساقاة وما ساواه كزارعتك وعاملتك وصالحتك واعمل في بستاني هذا او سلمت اليك مدة كذا بحصة كذا قد عرفت ان صيغ العقود اللازمة تحتاج الى توقيف الشارع وعرفت ان اصح صيغ الانشاء هي صيغة الماضي ولذلك اختارها الشارع في المعاملات وحينئذ تعرف ان قوله اعمل في بستاني لا يكفي في الايجاب لهذه المعاملة واكتفاء المص به هنا يؤذن برجوعه عن الاشكال السابق

لا ... فان الاصل عدم استحقاق منافع الزرع وعدم ... عند العارية والاصل بقاء ... والاصل عدم ... ويؤخذ بما حلف المالك ... نفي العارية ... م

المقصد الثالث في المساقاة وفيه فصلان الاول في اركانها وهي خمسة الاول المساقاة

متى الوديّ النخل الصغار الفرسي ...

في المزارعة الى الجذم والظاهر خلافه لان هذه المعاملة مشتملة على غرر وجهالة على خلاف الاصل فيقتصر فيها على موضع اليقين فعلى هذا لو عقد بهذا اللفظ فهل يكفي لدفع العقد ام صحته الظاهر الثاني كما نبهنا عليه وليس هو كالاجارة والبيع يجري فيهما المعاطاة لبعدهما عن الغرر وثبوت المعاطاة فيهما عند السلف بخلاف ما نحن فيه قوله ويتولد وهو اللفظ الدال على الرضا اي على الرضا بذلك الايجاب ووجه اشتراطه وما يجب فيه قد علم مما سبق ولو قال استاجرتك لتعمل في هذا الحايط مدة كذا بنصف حاصله لم يصح على اشكال ينشا من اشتراط العلم في الاجرة انما هو اذا قصدت الاجارة اما اذا تجوز بلفظها في غيرها فلا اي لو عقد المساقاة بلفظ الاجارة فقال استاجرتك لتعمل هذا الحايط مدة كذا بنصف حاصله لم يصح على اشكال ينشا من ان اشتراط العلم في الاجرة انما هو اذا قصدت الاجارة فاما اذا تجوز بلفظها في غيرها مما لا يشترط فيه العلم فلا اشتراط فتصح وقد تقدم ان لفظ الاجارة صريح في موضوعه لا في المساقاة فاذا لم يجد نفوذا في موضوعه كان اجارة فاسدة فلا تقع به المساقاة لانه لا يتخذ لان العقود لفظها بخصوص فلا يقع بلفظ عقد آخر ولو نابع توقيف الشارع وهذا هو الذي فهم الشارح من العبارة ويرد عليه انه لا دلالة لعدم اشتراط العلم مع التجوز بلفظ الاجارة في المساقاة على صحة المساقاة بلفظ الاجارة والذي ذكره المص في التذكرة وغيره في بيان الصحة هو ان كلا من هذين العقدين مشبه للآخر ولفظ كل منهما يحتمل معنى لفظ الآخر ويؤيده تعميم ادلة الوفاء بالعقود بقية واما ان يراد بالعبارة معنى آخر وهو ان يكون قوله ولو قال استاجرتك الى آخره مرادا به الاجارة ويكون قوله اذا قصدت شرطا للحكم في ذلك بعدم الصحة على اشكال وقوله ينشا من اشتراط العلم بالاجرة اعتراض لبيان احد وجهي الاشكال والوجه الآخر متروك بيانه لظهوره وقوله اما اذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا معناه ان الاشكال في الصحة اذا قصد بالاجارة معناها فاذا قصد بلفظها التجوز في غيرها وهو المساقاة فلا اشكال في عدم الصحة لان العقود اللازمة لا يجوز فيها عندنا فلا يقع بالكنايات ولا بالمجازات ولهذا لا ينعقد البيع بلفظ الخلع ولا النكاح قطعا وان كان البيع جائزا به وفي هذا الحمل فوايد الاولى السلامة من طول العبارة بغير فايدة الثانية السلامة من عدم حصول صورة الدليل مع ما تحقق انه لا ربط بين الحكم بعدم الصحة والدليل المذكور على ذلك التقدير لانه دليل الصحة والربط وان لم يكن لازما لكنه احسن والاخلال به مخل بجزالة اللفظ الثالثة حصول مسئلة زايدة وهو بيان حكم ما اذا قصد الاجارة وليس في هذا الا حذف راحد وهو ان المص لم يذكر في الخلاف بنظر هذه

المسئلة

المسألة في المزارعة اشكالاً وذلك غير قادح لان نقل ذلك في كلامه وكلام غيره والمسألة في
اصلها قابلة للاحتمال فان المساقاة لما كانت معاملة على عمل مخصوص بحصة من ثمرة
اشجار معلومة كانت في معنى الاستيجار لذلك العمل بالحصة فاحتمل الصحة بلفظ الا جارة
وعلى كل حال فالعبارة لا تخلو من شيء والاصح هو القول بالبطلان واعلم
ان المراد بالحايط هنا البستان فانه اسم من اسمائه وفي عبارة المص اما اذا تجوز
بلفظها عن غيرها والصواب في غيرها قوله ولا تبطل بموت احد المتعاملين لا نعرف
في ذلك خلافا وقد اشرنا الى الحكم في المزارعة نعم لو كان قد اشترط على العامل ان
يعمل بنفسه بطل العقد بموته قوله وهو الاشجار كالنخل وشجر الفواكه والكرم لا يخفى
ان الكرم من شجر الفواكه وعطفه عليها ليس بمستقبح لكن لو قدمه لكان اوقع لان
قوله وشجر الفواكه يكون تعميما بعد التخصيص وضابطه كل ما له اصل ثابت
له ثمرة ينتفع بها مع بقائه احترز به عن نحو البطيخ والباذنجان والقطن
وقصب السكر فان هذه ليست كذلك وان تعددت اللقطات في الباذنجان
وبقي القطن ازيد من سنة لان اصول هذه لا بقاء لها غالبا وامد بقائها غير معلوم عادة
واصولها لا تعد اشجارا في العادة بخلاف رهنها فانه جاير لان صحة الرهن تابعة
للمالية ولما لم ينظر الى اصول هذه الاشجار في نفسها ولم يكن المقصود فيها والعقود
مالا الا ثمرتها كان الرهن آتيا على المجموع فاذا رهنها قبل ان يظهر ما يطلب منها
كالباذنجان والخيار دخل عند تجدده ثم اذا رهن البيضة فافرخت ويخرج به
ايضا الودي الذي ليس بمغروس وفي المساقاة على ما لا ثمرة له اذا قصد ورقه
كالتوت والحناء اشكال اقربه الجواز وكذا ما يقصد زهره كالورد وشبهه
اما الاشكال فمنشاؤه من ان المساقاة انما تجري على الاشجار التي لها ثمرة ينتفع بها
مع بقائها لان ذلك موضع النص والاجماع وما عداه لا دليل عليه من نص ولا اجماع
والمساقاة على خلاف الاصل لانها معاملة على مجهول فيقتصر فيها على موضع الدليل
ويبقى ما عداه على اصل المنع ومن ان الورق والنور في المذكورين كالثمرة فيكون
مقصود المساقاة حاصلا بهما لانهما فائدة تتجدد كل عام مع بقاء الاصل ورجحه
القرب بينهما انه تبعا في لفظ بعض الاخبار ان النبي ص عامل اهل خيبر بشطر ما يخرج

الثاني متعلق العقد وهو الاشجار

الزهر النور

[illegible]

الشطر النصف

من النخل والشجر وما تناوله العموم بنعم المثمر ووجود ذلك وغيره وان لم يثبت بالنقل الا
انه كان يكون معلوماً على ان ظاهر اللفظ العموم فمورد النص جواز المساقاة على كل ما تناوله اللفظ
ولا دليل على اختصاص ذلك بالنخل وان هو الاغلب وجوداً وما قرب هو الاقرب واعلم ان قوله
كان م
وكذا ما يتصل به يريد به المشابهة في الاشكال والاقرب والبقول والبطيخ والباذنجان
وقصب السكر وشبهه ملحق بالزرع قال في القاموس البقل ما نبت في بزره لا في ارومة ثابتة
والمراد بالحاقه ذلك بالزرع عدم جواز المساقاة عليه كما لا يجوز على الزرع وان كان قد يتجدد
نفعه مرة بعد اخرى لان ذلك لا يعد شجراً ويجوز في الشجر المساقاة عليها بجزء مرة بعد اخرى
وهو ضعيف ولا يصح على ما لا ثمر له ولا يقصد ثمره كالصفصاف شجر الخلاف وذكر
قال في القاموس الصفصاف م
في موضع آخر ان الخلاف مخفف وتشديده لحن وانه صنف من الصفصاف والحاصل ان الخلاف
ماله نور يتجرح ... وهو كالورد فعلم ما سبق تصح المساقاة عليه ولابد وان تكون الاشجار
معلومة اما بان تكون مرئية مشاهدة وقت العقد او قبله الرمح بوصف يرفع الجهالة فلا يصح
اوموصوفه م
بدون ذلك لان المساقاة عقد اشتمل على الغرر من حيث ان العوض فيه معدوم في الحال مجهول القدر
فلا يحتمل ذلك
والوصف فلا يتحمل فيه غرر آخر ولانها معاملة لازمة فلابد فيها من العلم الا ما استثناه الشارع
ولابد منه فيها ثابتة فلو ساقاه على ودي غير مغروس ليغرسه بطل قال في التذكرة الودي
بكسر الدال المهملة بعد الواو المفتوحة والياء المشددة آخر الحروف صغار فسيل النخل وفي القاموس
انه صغار الفسيل ولا شك ان العلة منعه المساقاة على ما ليس بمغروس ولم ينتقل فيذكره خلافه الا محمد
وان لا يكون الثمر بارزة فتبطل الا ان بقي للعامل عمل يستزاد به الثمر كالتأبير والسقي واصلاح الثمر
لا ما لا يزيد كالجداد ونحوه المراد من قوله وان لا يكون الثمر بارزة ان لا يكون قد وجدت وقت العقد
فلا تصح المساقاة ح الا ان يكون قد بقي فيها عمل يستزاد به الثمر كالتأبير والسقي واصلاح الثمرة
انتهى متعلق المساقاة ومثل العمل الذي لا يستزاد به الثمر الجداد بالدالين المهملتين مع فتح اوله
وكسره وهو صرامها وتجفيف الثمر ونقلها ونحو ذلك ولو كان العمل بحيث لولاه لاختلت الثمرة
الا انه لا يحصل به زيادة ان امكن تحقق هذا الفرض فلا يصح معه المساقاة ينبغي القول بالصحة
الا انه ح لم يتحقق تناهي بلوغ الثمر فتحققت الزيادة لان كمال البلوغ ونهاية الادراك زيادة منها
ولابد وان تكون الثمرة مما تحصل في مدة العمل فلو ساقاه على ودي مغروس مدة لا يثمر فيها قطعاً
او ظناً او مساوياً بطل ومع البطلان انه لابد من وجود العوض قبل انقضاء مدة المعاملة

سواء بدا صلاحها ام لا فلو لم يبق عمل يستزاد لم تصح المساقاة اجماعا ولان الثمرة اذا خرجت على العقد م

وجوده اتباعها م

والاطلت

والاظلت على حدى العرضين ولان ذلك خلاف وضع المساقاة ولم يتردد العلامة في البطلان هنا وتردد في نظيره من المزارعة ولو ظن حصول الثمرة فيها صح لان الظن مناط اكثر الشرعيات ولان غاية ما يستفاد من العادة المستمرة هو الظن الغالب فيمتنع اعتبار غيره واراد بقوله علم العلم المستفاد من العادة المستمرة وبقوله او ظن ما يحصل بالمرجحات عادة كاعتبار الزمان وخصوص الارض الكثيرة النخل مثلا ولو ساقاه عشر سنين وكانت الثمرة لا تتوقع الا في العاشر جاز ويكون ذلك في مقابلة كل العمل ووجه الجواز اشتمال المساقاة على الامور المعتبرة فيها جميعا من العمل والحصة وكونها على اصول ثابتة وخلو بعض السنين في خلال المدة عن حصول الثمرة ليس بقادح فان المعتبر حصول الثمرة في مجموع المدة وتصح المساقاة على البعل من الشجر كما تصح على ما يفتقر الى السقي في القاموس البعل كل نخل وشجر وزرع لا يسقى او ما سقته السماء ووجه الصحة ان المساقاة في الاصل وان كانت مأخوذة من السقي الا انه غير منظور اليه في هذه المعاملة بخصوصه بل من حيث انه عمل يحتاج اليه لتلك الاشجار بحيث لا يحتاج اليه لا يكون معتبرا

المدة ع

المدة ويشترط تقديرها بزمان معلوم كالسنة والشهر لا بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج فان الجهالة متطرقة اليه باحتمال التقدم والتأخر وسيأتي في كلام المص انشاء الله تع الاشكال في تقدير المدة بالثمرة مع ابهامها من هذا القبيل وحيث ان المساقاة تصح اذا بقي شيء من العمل الذي به مستزاد الثمرة فلا بعد في جواز تقديرها بشهر اذا بقي من العمل الى ادراك الثمرة مازمانه شهر باعتبار العادة ولا تقدير لها كثرة فيجوز اكثر من ثلثين سنه باتفاقنا وفي قول للشافعي منع الزيادة على ثلثين سنه وهو تحكم اما القدر فتقدر بمدة تحصل الثمرة فيها غالبا فان خرجت المدة ولم تظهر الثمرة فلا شيء للعامل ولو ظهرت ولم تكمل فهو شريك والاقرب عدم وجوب الاكمال عليه لما كان من شرط صحة المساقاة حصول الثمرة في مدة العمل وجب ان يكون اقل المدة التي يصح ان يجري عليها عقد المساقاة ما يغلب حصول الثمرة فيها بالنظر الى العادة ويختلف ذلك باختلاف الاحوال فقد تكون المدة شهرا ودونه وقد تكون سنة واكثر باعتبار ان الثمرة قد تكون قبل العقد قد تكون موجودة وقد لا تكون فاذا عقد على مدة معينة تحصل فيها الثمرة غالبا فخرجت المدة قبل ظهور الثمرة ووجودها فلا شيء للعامل وان اطلعت بعد المدة لانه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذي شرط جزء له فكان كما لو تلف المضارب ولا اصالة براءة الذمة من وجوب عوض عمله المشترط وان ظهرت الثمرة في المدة ولم يكمل كما لو اطلعت فيها فله نصيبه منها وهل يجب عليه العمل الى بلوغ غايتها الاقرب العدم لان فائدة تعيين المدة هو عدم تعلق الحكم الثابت بالعقد بعدها ولان العمل الواجب بالعقد

غيره

هو ما كان في خلال المدة وما بعدها منفي بالاصل ويحتمل الوجوب لان الحصة من الثمرة في مقابلة العمل الى
زمان بلوغ الثمرة وتقدير المدة انما هو باعتبار الغالب مع التخلف لو ملك الحصة بدون العمل لزم تملك احد
العوضين لا في مقابلة العوض الآخر واختار هذا الاحتمال في التذكرة محتجا بانه بان المساقاة لو انفسخت
قبل كمال الثمرة لوجب اكمال العمل عليه فكذا هنا كذلك ويمكن الفرق بين بقاء العقد وانفساخه وفي
قوله ولو قدر المدة فاشكال اي بادراك الثمرة ومنشأ الاشكال من ان الثابت بالعادة كالمعلوم ومن ان بالثمرة م
المساقاة عقد مبني على الغرر والجهالة فلا يفسد بهما وهو مختار ابن الجنيد ومن ان الغرر مناف
لصحة المعاوضة وتجويز الغرر مع قدر من الغرر لا يقتضي التجويز مطلقا وقوفا مع موضع النص والاصح
عدم الجواز وهو المشهور بين الاصحاب ولو مات العامل قبل المدة لم يجب على الوارث القيام به خلافا
لبعض العامة لان المعاملة انما تعلقت بالعامل لا بالوارث كما لا يجب عليه اداء ديونه من مال نفسه
فان قام به والا استأجر الحاكم من تركته من يكمل العمل اي فان قام الوارث بالعمل فلا بحث في الاكتفاء
به لكن قال المصنف في التذكرة فان اتم الوارث العمل بنفسه او استاجر من ماله من يتم العمل وجب على المالك
تمكينه اذا كان امينا عارفا باعمال المساقاة وان لم يقم به استاجر الحاكم من التركة من يكمل العمل وفي هذا
اشعار بانه لا يجب على الوارث الاستيجار انما يجب عليه تسليم ذلك القدر من التركة فان الواجب على الوارث
هو التخلية بين المستحق وبين حقه من التركة فان لم تكن تركة او تعذر الاستيجار فللمالك الفسخ اما اذا لم يكذا م
يخلف تركة فظاهر لامتناع الاستيجار بغير اجرة قال في التذكرة ولا يستقرض الحاكم على الميت بخلاف
صنعين الحي ذا هرب لانه لا ذمة للميت وكذا اذا تعذر الاستيجار وان خلف تركة لكن اذا لم يوجد متبرع في العمل
وحيث تعذر العمل الذي هو احد العوضين ثبت للمالك الفسخ فان ظهرت الثمرة بيع من نصيب العامل ما
يحتاج اليه من العمل او بيع جميعه يفهم من قوله فان ظهرت الثمرة ان ما سبق حكم ما اذا لم تظهر وهو كذلك فان
البيع قبل الظهور غير جائز ولا ريب انه متى ظهرت الثمرة فقد استحق العامل الحصة منها وان وجب عليه باقي
العمل فحينئذ يبيع الحاكم من نصيب العامل ما يفي بالعمل الواجب فان لم يوجد راغب في البعض ولم يف بالعمل
باع الجميع ثم انفق قدر الواجب والفاضل تركة ولو لم تظهر الثمرة ففسخ المالك لتعذر من يكمل العمل عن الميت
وجبت اجرة المثل عما مضى لما لم يكن الفسخ جائزا الا مع موت العامل قبل الظهور مع عدم التركة او تعذر
الاستيجار وعدم متبرع اعاد المصنف فرض الموت قبل الظهور ليبين حكم ما اذا فسخ المالك فوجبت اجرة
المثل للعامل لو كان الموت بعد الظهور فذلك يقتضي لوجوب بيع بعض الثمرة او جميعها وصرفها في تحصيل
العمل ويتولاه الحاكم او من يقوم مقامه ولو كان معينا بطل قبل الظهور وله الاجرة اي ما سبق من

حيث تعذر من يكمل العمل فانه اذا تحقق ذلك وجب بالفسخ اجرة المثل لما مضى لانه عمل محترم بذل في مقابل الحصة وقد فاتت بفسخ المالك م

عدم

عدم بطلان المساقاة بالموت وترتب الحكم السالف حيث لا يكون العامل معيناً للعمل بنفسه في العقد فاما اذا كان معيناً فلا يخلو اما ان يكون الموت قبل الظهور او بعده فان كان قبل الظهور انفسخ العقد لتعذر مقتضاه ووجبت اجرة مثل العمل الماضي وان كان بعد الظهور لم ينفسخ العقد من اصله لانه قد ملك الحصة من الثمرة وهو موضوع قوله بطل قبل الظهور ولم اجد مصرحاً بحكمه والمتجه انفساخه فيما بقي لتعذر المعقود عليه ثم ما الذي يسقط في مقابل العمل الباقي يحتمل استعاط قدر اجرة مثله من الحصة ويحتمل النظر في القدر الباقي ونسبته الى مجموع العمل باعتبار الكم والنفع واسقاط بعض من الحصة نسبته اليها كنسبة ما بقي من العمل الى مجموع العمل ويؤيد الاحتمال الثاني ان انفساخ العقد اخرج باقي العمل عن الاستحقاق فكيف يجب اجرة مثله ولم اجد في هذه المسئلة تصريحاً يرجع اليه فلينظر ما ذكرناه ويجب على العامل القيام بما شرط عليه من العمل دون ما لم يشرط عليه ولا ريب ان العقد ان اطلق وجب على العامل جميع الاعمال التي بها صلاح الثمرة وزيادتها وان شرط فيه عمل بخصوصه ايجاباً سواء قصد به الشرط والظاهر انه لا فرق بين ان يقول في العقد شرطت عليك هذا العمل دون غيره وبين ان يسكت عن قوله دون غيره لان الاعمال كلها واجب باصل العقد فاذا ذكرها او بعضه كان تأكيداً فمع ذكر البعض لا يسقط البعض الآخر لعدم ذكره فان اصل العقد يقتضيه لانا نقول وجوب العمل كله مع اطلاق العقد فاذا اخرج عن الاطلاق بالتقييد وجب اتباع القيد اذا عرفت هذا فاعلم انه متى اخل العامل بالعمل المشترط تخير المالك بين فسخ العقد والزامه باجرة مثل العمل نص عليه المص في التحرير فان فسخ قبل عمل شيء فلا شيء له وان كان بعده قبل الظهور فالاجرة له وان كان بعد ظهور الثمرة فكذلك قضية للاشتراط ولو اخل بالاعمال الواجبة مع الاطلاق او بعضها فعلى ما سبق في الاجارة يتجه ان للمالك الفسخ في الجميع وفي البعض اي يتخير ولو الالزام بالاجرة ولم اظفر بتصريح في ذلك يعتد به كالحرث تحت الشجر والنزل التي تحرث وآلة الحرث اي بهائم كالبقر التي تحرث وكآلة الحرث من الخشب والسكة الحديد والمساحي ونحو ذلك من الآلات المعدة للاعمال الواجبة ولا نعلم في وجوب ذلك خلافاً هنا وفي المزارعة ولو شرط العامل شيئاً من ذلك على المالك صح ووجب الوفاء بالشرط واستقاء الماء واصلاح طرق السقي والاجاجين الاجاجين جمع اجانة بالكسر والتشديد والمراد بها هنا الحفر التي يقف فيها الماء في اصول النخل والشجر ويجب تنقية الآبار والانهار من الحمأة ونحوها صرح به المص في التذكرة ثم احتمل امرين احدهما كونها على المالك الثاني كونها على من شرطت عليه فيفسد العقد بدون الشرط وعبارة الكتاب يقتضي الوجوب على العامل لانه لا يحتاج الى تنقية لاندراجها في قوله واصلاح طرق السقي ويدل على الوجوب كونها من الاعمال المتكررة في كل سنة لاكحفر النهر

بعد دون عمل ما يجب عليه من الاعمال ان ظهر الثمرة م

العمل ويجب ع

وهل يقضي له اجرة مثل ما عمل يحتمل ذلك ويحتمل العدم م

وازالة الحشيش المضر بالاصول وتهذيب الجريد من الشوك وقطع اليابس من الاغصان متن ٦

الاجاجين ما حول الغارس من الارض التي يجتمع فيها ١٢

وبحب ايضا فتح رأس الساقية وسدها عند الحاجة وزبار الكرم المراد به تقليمه وقطع ما يضر من الاغصان
المضر بقاؤها بالثمرة او الاصل وهذا وان كان مندرجا في قوله وقطع ما يحتاج الى قطعه الا انه اراد
التصريح بماله اسم يعرف به وقطع ما يحتاج الى قطعه سواء كان يابسا ام لا وتعديل الثمرة بتجريد
الجريد عن وجوه العناقيد وتسوية العناقيد بينها لتصيبها الشمس وليتيسر قطعها عند الادراك ونقل
الكرم حيث تجري عادة ووضع الحشيش فوق العناقيد صونا لها عن الشمس عند الحاجة وامثال ذلك
واللقاط بفتح اللام وكسرها اي لقاط الثمرة بمجرى العادة فما يؤخذ بسرا يجب قطعه اذا انتهى الى حالة
اخذه وما يؤخذ يابسا يقطع اذا بلغ تلك الحالة وكذا ما يؤخذ رطبا واجرة الناطور الناطور والناطور
بالطاء المهملة حافظ الكرم والنخل اعجمي ذكره في القاموس وعلى صاحب الاصل بناء الجدار وعمل ما يستقى به
من دولاب ودالية وانشاء النهر الضابط في الاعمال الواجبة على المالك وهو صاحب الاصل هو كل ما
لا يتكرر في كل سنة والامور المذكورة مما لا يتكرر كل سنة واوجب ابن ادريس على المالك العامل الآت
السقي وما يتوصل به اليه من الدلاء والنواضح وهو ضعيف والاصح وجوبها على المالك وهو مختار
الشيخ في الخلاف والكش للتلقيح على رأي هذا قول الشيخ والمتأخرين واوجبه ابن ادريس على العامل
لانه يتم به نماء الثمرة وصلاحها الواجبان وزعم انه لا دليل على المالك وهو ضعيف لان العامل لا
يجب عليه الا العمل دون الاعيان التي تصرف الى مصلحة الثمرة واصالة البراءة تنفي الوجوب عنه نعم
لو اطردت العادة بذلك واشترطت فان الاطلاق يحمل عليها ومع عدمها فالتعيين اولى وفي البقر
التي تدير الدولاب تردد ينشأ من انها ليست من العمل فاشبهت الكش ومن انها تراد للعمل فاشبهت
بقر الحرث يؤيد الاول انه من جملة الآت السقي التي لا تتكرر كل سنة فهي كالبئر والجدار واختاره
الشيخ والعلامة في المختلف ويؤيد الثاني ان ادارة الدولاب وعوه من الاعمال الواجبة على العامل كتنقية
السواقي وطرق الماء فيجب آلته وصرح ابن ادريس بالوجوب وكل محتمل فيتخير في الحكم من التوقف
وان احتاجت الارض الى التسميد فعلى المالك شراؤه وعلى العامل تفريقه انما يجب على العامل شراؤه
لانه عين تصرف الى الارض وليست من الاعمال فلا يجب على العامل للاصل ولو اطردت العادة بكونه
من العامل في المنجبة حمل الاطلاق عليها وكيف كان فاشتراطه التعيين احوط والتسميد تفعيل من السماد
قال في القاموس وسمد الارض تسميدا جعل فيها السماد اي السرقين برماد فان اطلقا العقد عمل
كل منهما ما ذكرناه انه عليه وان شرطاه كان تأكيدا وقد علم هذا في اول البحث لكنه اعاده ليبني عليه ما بعده
ولو شرط احدهما شيئا مما يلزم الآخر صح اذا كان معلوما الا ان يشترط العامل على المالك جميع العمل فيبطل

ينقح ونقح الشيء قطع اغصانه ... الاعواد والعود الانا...

والتلقيح والعمر بالناضح مص

التنويش جفته كردن وبباكردن مص

والجذاذ مص

ج نظار ونظرا ونواطير والنعود النطور والنظارة بالكسر قاموس

واصلاح موضع التشميس ونقل الثمرة الى موضعها ... عمل ... ونقل الثمرة ... غيرهم مص

وبعض

ويصح اشتراط الاكثر اي لو شرط احدهما على نفسه الخ ولا فرق في الصحة بين ان يشترط العامل على
المالك اكثر العمل او لا اذا بقي على العامل من العمل ما يصح باعتباره المساقاة فلو شرط الجميع على
المالك فسدت المساقاة وكذا لو لم يبق على العامل من العمل الا ما اليسير له مدخل في زيادة الثمرة
نعم تصح الاجارة اذا كان العمل معلوما واعلم ان الشيخ قال في المبسوط انه اذا اشترط ان يعمل
رب المال معه بطلت المساقاة لانه خلاف موضوعها والاصح الصحة ويمنع ان ذلك خلاف
موضوع المساقاة فان اركان العقد كلها حاصلة وكذا مقصوده مع انتقاضه باشتراط
عمل غلام المالك معه فانه اعترف بجوازه قوله ولو شرط ان يعمل معه غلام المالك صح خلافا
لبعض العامة قوله ولو شرط ان يكون عمل الغلام لخاص العامل فالاقرب الجواز الظاهر من
عبارة المص في التذكرة ان المراد بذلك اشتراط ان يعمل غلام المالك في املاك المختص بالعامل فانه
قال ولو شرط للعامل ان يعمل الغلام خاص العامل فالاقرب الجواز عملا بالشرط ولانه اذا جاز
ان يعمل في المشترك بين العامل ومولاه جاز ان يختص باحدهما وقال الشافعي لا يجوز ويبطل
العقد وليس بشيء والذي في القواعد من كلامهم وليس للعامل استعمال الغلام في عمل نفسه اذا فرغ من
عمل الحديقة ولو شرط ان يعمل له بطل العقد اذا عرفت ذلك فالذي يفهم من كلام الشارح الفا عند
ولا المص ان المراد به اشتراط كون عمل الغلام للعامل يختص به والظاهر انه غير المراد والا لم يحتج
الى قوله لخاص العامل الخ بل كان يكفي عنه قوله للعامل على انه لا محصل له فان عمل غلام المالك في بستان
المالك كيف يشترط كونه للعامل مال شخص لاخر واي فائدة في هذا الشرط وكيف كان فالاقرب
ما قربه المص قال الشارح العميد حاكيا عن الشيخ في المبسوط انه جوز ذلك ومنع من اشتراطه ان يعمل
المالك له والظاهر عدم الفرق قوله ويجب تعيينه اي الغلام المشروط عمله اما بالمشاهدة
او بالوصف الرافع للجهالة لان الاعمال تختلف باختلاف الاشخاص قوله ونفقته على مولاه فان شرطها
على العامل صح لانه شرط لا يخالف الكتاب ولا السنة ولا ينافي مقتضى المساقاة وكذا لو شرطها من
الثمرة لكن يشترط في الموضعين العلم بجنسها وقدرها فرارا من الغرر وذهب جمع من العامة الى عدم
الاشتراط وانه يحمل الاطلاق على الوسط المعتاد لانه يتسامح بمثل ذلك في المعاملات واختاره
المص في التذكرة وهو مختار الشيخ في المبسوط والاصح الاول قوله ولو شرط اجرة الاجراء الذين
يحتاج الى الاستعانة بهم في العمل على المالك او عليهما صح ولو لم يشترط شيء عليه ومع الشرط يجب

فانه كيف يشترط م

اومن الثمرة صح شرط العلم بقدرها وجنسها لا ريب في ان نفقة الغلام على مولاه بحكم المالك فان شرطها على العامل صح

النقدير لاريب ان العامل اذا كان لا يتم بالعمل وحده بل يحتاج الى من يساعده فيه باجرة الاجرا
الذين تدعو الحاجة اليهم على العامل لوجوب العمل كله عليه عند الاطلاق فان شرط الاجرة كلها
على العامل صح لان باقي عمله مصحح للمساقاة ولو شرط الاجرة عليهما فكذلك لكن يجب تقدير الاجرة المالك ر
المشروطة في الموضعين حذرا من الغرر ومنع الشيخ في المبسوط من اشتراط اجرة الاجرا
الذين يستعان بهم من الثمرة لان موضوع المساقاة ان يكون من رب المال المال ومن العامل العمل
وبالشرط المذكور يكون من رب المال المال والعمل معًا والاصح انه اذا بقي له عمل يستزاد به الثمرة يصح الشرط ل والعمل م
اما لو شرط ان يستاجر العامل باجرة على المالك في جميع العمل ولم يبق للعامل الا الاستعمال ففي الجواز اشكال للعامل
ينشأ من ان ذلك عمل تدعو الحاجة اليه فان المالك قد لا يهتدي الى الدهقنة واستعمال الاجرا
ولا يجد من يباشر الاعمال ولا يأتمنه فتدعو الحاجة الى ان يساقي من يعرف ذلك لينوب عنه الى م
في الاستعمال ومن ان المتبادر الى الافهام من اعمال المساقاة خلاف ذلك والعقود انما تكون
بتوقيف الشارع وعدم الجواز لا يخلو من قوة والاصح ويجب ان يكون مشتركة بينهما معلومة بالجزئية للمالك الثمار وجب م
المعلومة لا بالتقدير بالجزئية المعلومة مثل النصف والثلث والربع والتقدير مثل كذا رطلا
وكذا قفيزا واحترز بالجزئية المعلومة عن المجهولة كالجزء والحظ والنصيب فان المساقاة لا تصح
اذا كان التقدير بينهما اجماعا ولا يحمل على ما ذكر في الوصية لاختصاصها بالنص والأصل او شرط احدهما
لنفسه شيئا معلوما والزائد بينهما او قدر لنفسه ارطالا معلومة والباقي للعامل او بالعكس او
اختص احدهما بثمرة نخلات معينة والآخر بالباقي ع وجه البطلان في ذلك مخالفة موضوع المسا قاة
وانه ربما لم يحصل الا ذلك القدر المعين فلا يكون للآخر شيء او شرط مع الحصة من الثمرة جزءا
من الاصل على اشكال ينشأ من ان موضوع المساقاة المعاملة على الشجر بحصة من الثمرة فشرط حصة
من الاصل خروج عن موضوع المساقاة ولان الحصة من الاصول تدخل في ملكه فلا يكون العمل المبذول مل
في مقابلة الحصة واقعا في مال المالك ولا واجبا بالعقد لان وجوب العمل في مال نفسه بالاشتراط
في العقد المعاوضة لا يعقل ومن ان ذلك جار مجرى اشتراط شيء من ذهب او فضة والعموم ادخلها
بالعقود والمؤمنون عند شروطهم والاصح الاول والاصل ولو شرط له النصف من احد النوعين والثلث
من الآخر صح اذا علم كلا منهما ع اذا اشتمل البستان على نوعين كالبرني والصيحاني فان اشترط مقدار م
الحصة من كل منهما بقدر الآخر لم يشترط العلم بقدر كل منهما من البستان لعدم جهالة الحصة وان
فاوت بين النوعين في الحصة وجب العلم بكل منهما فلو لم يعلم لم يصح لجهالة الحصة اذ لا يعرف قدر

مابينه

النصف

ما فيه الحظ من مجموع البستان فلا يكون قدر الحصة من جميعه معلوماً ولو شرط المالك على العامل
شيئاً من ذهب او فضة مع الحصة كان مكروهاً ووجب الوفاء به الا ان تتلف الثمرة او لم تخرج
فتسقط اما صحة الشرط فلعموم المؤمنون عند شروطهم ومنع العامة جواز ذلك وابطلوا به
المساقاة وانما كان مكروهاً فلا نعلم فيهما خلافاً واما انه اذا تلفت الثمرة او لم تخرج يسقط فوجهه
انه لولا ذلك لكان اكل مال بالباطل لامتناع استحقاق احد العوضين او بعضه بدون ما يقابله
من العوض الآخر فان الشرط جزء من العوض كما ذكرناه غير مرة وهذا الحكم على ما فرضه المص من
كون الاشتراط للمالك على العامل واضح اما مع العكس فظاهر اطلاق عبارة التذكرة والتحرير
انه كذلك وفيه نظر لان العوض من قبل العامل وهو العمل قد حصل والشرط قد وجب بالعقد
فكيف يسقط بغير مسقط فان تلف بعض احد العوضين لا يوجب سقوط البعض الآخر مع
سلامة العوض الآخر وفي تلف البعض وقصور الخروج اشكال ينشا من ان الشرط محسوب
من احد العوضين ولا ريب ان مجموع احد العوضين مقابل لمجموع الآخر فتقابل الاجزاء بالاجزاء
فاذا تلف بعض احد العوضين وجب ان يسقط مقابله من العوض الآخر ومن ثم لو لم تخرج الثمرة
اصلاً او تلف جميعها يسقط المشروط كله ومن ان مقابلة الاجزاء بالاجزاء في عوض المساقاة
منتفية لان الفايت والتالف عند حصول التلف ونقصان الخروج غير معلوم فلو تحققت المقابلة
لم يكن الساقط في مقابله معلوماً ولذلك لو تلف بعض الثمرة او نقص الخروج عن العادة لم يسقط
شيء من العمل اصلاً ولان العامل يملك حصته من الثمرة بالظهور فاذا تلف بعضها تلف في ملكه
بعد استحقاقه اياه بالمعاوضة فلا يسقط بتلفه شيء من العوض الآخر لا يقال فعلى هذا اذا تلف
الجميع يجب ان لا يسقط الشرط بعين ما ذكر لانا نقول ذلك خرج بنص الحديث واعلم ان الاشكال
في قصور الخروج لا وجه له اصلاً لان العوض هو ما يخرج قليلاً كان او كثيراً لا ما يتوقع خروجه
بحسب العادة فكيف يحتمل سقوط شيء من المشروط بتخلف العادة اما تلف البعض فان الاشكال
فيه وان كان لا يخلو من وجه الا ان عدم سقوط شيء اقوى لما قررناه ويؤيده عموم اوفوا بالعقود
والمؤمنون عند شروطهم ولو قال ساقيتك على ان لك النصف من الثمرة صح وان اهمل حصته النصف م
اي المالك لان استحقاقه للباقي ثابت بالاصل لانه كان مستحقاً للمجموع فاذا اخرج عنه
حصة العامل بقي الباقي على ما كان فلا يحتاج الى النص عليه في العقد بخصوصه وفي العكس اشكال
ينشا من ان التخصيص بالذكر لا يدل على تخصيص الحكم لضعف دلالة المفهوم المخالف ومن

اعتضادُ هذه الدلالة بدلالة المقام وقرائن الاحوال وليس بشيء لان الامور المعدودة اركانا
في العقود الاثرية اوثق من ان يكتفى لذكرها بمثل ذكر الامور الضمنية والاصح البطلان
فان ابطلناه فاختلفا في الجزء المشروط لمن هو منهما فمن العامل ايضا فان ابطلنا العكس وحكمنا
ببطلانه فانهما اذا اختلفا في ان الجزء المشروط للمالك وللعامل فمن العامل لكن بالبين فيقدم قول
مدعيه من العامل بيمينه اما بناء على تقديم قول مدعي الصحة مطلقا وقد سبق في كلامه ان تقديمه
مشروط بما اذا لم يتضمن دعوى على الاخر فيقدم قول مدعيه من العامل والمالك اذا كان ذلك
في اثناء المدة حيث لا يكون الحصة زائدة على اجرة المثل فلا يبعد ان يكون ملحقا لها هنا وقد يجاب
من النظر في اخذ الاجارة ويظهر من كلام المصنف في التذكرة ان تقديم قوله لمساعدة الظاهر اياه من حيث
ان الشرط انما يراد لاجله لان المالك يملك حصته بالتبعية للاصل لا بالشرط وفيه نظر لان مثل
ذلك لا يعد ظاهرا اذ ليس المراد من الظاهر ما دلت عليه القرينة والا لكان اذا اختلفا في ان المعقود
عليه البيع هو ما جرت عليه المساومة او غيره الفعل قول مدعيه عملا بشهادة القرينة وليس كذلك
بل المراد بالظاهر ما يستند وقوع مقابله كما اذا كان المتبايعان مصطحبين واختلفا في التفرق بعد
البيع مع مضي زمان طويل حال اجتماعهما فان عدم التفرق في مثله الظاهر من الاصول النادرة الى
والذي يتحصل النظر ان القول قول الآخذ بيمينه وان قال على ان الثمرة بيننا فهو تنصيف وذلك
لان الاصل عدم التفاوت في النصيب بعد تحقق الشركة ولهذا حمل الاطلاق في الوقف والوصية
والاقرار عليه ولو ساقاه على بستانين بالنصف من احدهما والثلث من الآخر صح مع التعيين
والا فلا اي مع تعيين متعلق كل من الثلث والنصف لجهالة الحصة بدونه ولو ساقاه على احدهما
بعينه بالنصف على ان يساقيه على الآخر بالثلث صح على رأي احترز بقوله بعينه عما اذا ساقاه
على احدهما كذلك لا بعينه فانه لا كلام في بطلان العقد اما مع التعيين فقد اختلفنا الاصحاب في صحته
فقال الشيخ في المبسوط لا يصح لانه بيعتان في بيعة فانه ما رضي ان يعطيه من هذا النصف الا بان
يرضى منه بالثلث من الآخر وهكذا في البيع اذا قال بعتك عبدي بالف على ان تبيعني عبدك
بخمسمائة والكل باطل ثم علل البطلان بان الشرط وعد وهو مخير في الوفاء به فاذا اختار العدم
وجب ان يرد النقص لذلك وقع في الثمن بسبب الشرط وهو مجهول فيتجهل به الثمن والاصح الصحة وما
ادعاه من التجهيل غير لازم اذ لا يرد الى الثمن شيء آخر بل يتسلط البائع على فسخ العقد قال المصنف في المختلف
الوجه عندي جواز جميع هذه العقود في البيع والمساقاة اذا عرفت هذا فاعلم ان المصنف في قوله يساقيه

يحتمل

يحتمل عوده الى المالك فيكون البستانان معاً له ويحتمل عوده الى العامل فيكون البستان الآخر لا للمالك
والحكم واحد والمفروض في كلام الشيخ هو الاول بلوح ذلك من دليله ولو تعدد المالك وتفاوتا
في الشرط صح ان علم حصة كل منهما والا فلا ولو اتفقا صح وان جهلها اي لو تعدد المالك في المساقاة
واتحد العامل بدليل لو تساويا وتفاوتا في الشرط اي المالكان بان شرط احدهما النصف والآخر
الثلث فان علم العامل مقدار حصة كل منهما مما وقعت عليه المساقاة صح لعدم المنافي حينئذ والا لم يصح
لان الحصة مجهولة ح لانهما بمنزلة عقدين ولو اتفقا اي المالكان في الشرط كالثلث مثلا صح وان
جهل مقدار حصة كل منهما لان الحصة هي الثلث من المجموع والمجموع معلوم ولا ضرورة ح الى العلم بقدر
حصة كل منهما ولو انعكس الفرض بان تعدد العامل خاصة جاز تساويا او اختلفا اي تساويا في الحصة
كالثلث لكل منهما او اختلفا فيها لكن لا بد من العلم بمقدار ما يتعلق بكل منهما من المساقاة فان اطلق يحمل
على التساوي او يعين في العقد مساقاة احدهما على ثلث البستان والآخر على الباقي ولو ساقاه
على ازيد من سنة وفاوت الحصة بينها جاز مع التعيين لحصة كل سنة لان الاخلال بالتعيين
يقتضي الجهالة لتفاوت الثمرة باختلاف السنين ومنعه بعض العامة وانما ثنى المص الضمير في قوله بينهما
اجراء للحكم على اقل مراتب الزيادة على سنة ومنه يعلم حكم الباقي ولو ساقى احد الشريكين صاحبه
فان شرط للعامل زيادة على نصيبه صح والا فلا ولا اجرة له انما تصح المساقاة اذا لم يشرط له زيادة
على نصيبه لان استحقاق النصيب باعتبار اصل الملك فتكون المساقاة بغير عوض قال الشيخ
في المبسوط وللعامل اجرة المثل ورده المص لانه دخل على ان لا شيء له فكان متبرعا بعمله وهو الاصح

القسم الثاني في احكامها

يملك العامل الحصة بظهور الثمرة فلو تلفت كلها الا واحدة فهي بينهما لا خلاف عندنا في ان العامل يملك
الحصة بظهور الثمرة وللشافعية قول انه لا يملك شيئا الا بعد القسمة كالعامل في القراض والحكم في الاصل
ممنوع اذا عرفت ذلك فاعلم ان التفريع الذي ذكره المص وهو قوله فلو تلفت الخ غير ظاهر لان ملك
العامل الحصة بالظهور وعدمه لا اثر له في كون الباقي بينهما نفيا ولا اثباتا فلا يمتنع على القول بانه
يملك بالقسمة اشتراكهما فيما بقي بعد تلف البعض الى زمان القسمة فان بلغ حصة كل منهما نصابا
وجب عليه زكاته والا فعلى من بلغ نصيبه تفريع وجوب الزكاة على العامل على انه يملك الحصة بالظهور
واضح لان الزكاة انما تجب في الثمار والزروع اذا نمت على الملك واعلم ان ما ذكره المص هنا هو المشهور
بين الاصحاب وقال ابو المكارم ابن زهرة بعدم وجوب الزكاة على العامل في المساقاة ولا في المزارعة
وما ذكره لا يتم على القول بان العامل يملك الحصة بالظهور واسند المص في التذكرة القول بتمليكه

ايّاما الظهور في المساقاة الى علمائنا فان كان ابن زهرة قايلاً بذلك فلا وجه لانكاره وجوب الزكاة اصلاً وان قال بانه انما تملك بالقسمة اتجه عدم الوجوب عليه لفقد شرط الوجوب وهل تجب زكاة حصته على المالك حينئذ يتجه العدم لانه من جملة المؤن وهل يتم به النصاب يحتمل ذلك اذا عرفت هذا فالترتيب في ضعف قول ابن زهرة وقد اكثر ابن ادريس في التشنيع عليه وقال العلامة في المختلف في باب المزارعة ان قوله ليس بذلك البعيد من الصواب وهو اعلم بما قال والظاهر عندنا انه لا وجه له اصلاً الا على القول بان استحقاقه وتملكه انما يكون بعد بدو الصلاح وتعلق الزكاة وهذا خلاف ما نقله عن علمائنا فكيف يكون خلافه قريباً من الصواب ولعله يريد ان ذلك محتمل وغير مقطوع ببطلانه فلا يأتي على قائله كلما ذكره ابن ادريس من التشنيع ولو فسد العقد كانت الثمرة للمالك وعليه اجرة العامل لانه لم يحصل له ما يقتضي نقل الثمرة عن ملك مالكها وعمل العامل انما كان في مقابلتها وقد فاتت فيجب الرجوع الى قيمته وهي اجرة المثل لعمله ولو علم بالفساد فلا اجرة له لانه بذل عمله في مقابل ما يعلم انه لا يحصل ولو ظهر استحقاق الاصول فعلى المساقي اجرة العامل والثمرة للمالك اما كون الثمرة للمالك فظاهر واما استحقاق العامل على المساقي اجرة المثل فلانه استدعى عمله مقابلاً بعوض لم يسلم للعامل فوجب الرجوع الى اجرة المثل لانه لم يبذله مجاناً ولا شيء على المالك لان العمل بغير اذنه كما لو استاجر على حرث لبذر المغصوبة فان المالك ياخذها كذلك وعلى المستاجر الاجرة فان قيل لو هلكت الثمرة او سرقت لم يستحق العامل اجرة فكيف استحق هنا قلنا مع صحة العقد لا يستحق الا الحصة فان سلمت له والا فلا شيء له كما لو لم تخرج الثمرة اصلاً ومع الفساد يجب اجرة المثل على كل تقدير فان اقتسماها وتلفت فان رجع المالك على الغاصب بالجميع رجع الغاصب على العامل بحصته وللعامل الاجرة عليه مع ظهور استحقاق الاصول لا يخلو الحال من ان تكون الثمرة باقية قسمت او لم تقسم او تكون قد ذهبت فان كانت باقية ردها على مالكها لانها عين ماله ومع التلف بعد القسمة واخذ كل منهما نصيبه يتخير المالك في الرجوع على ايهما شاء فان رجع على الغاصب بالجميع كان للغاصب الرجوع على العامل بعوض الحصة لانه لم يملكها العامل لفساد العقد وقد اخذ المالك عوضها من الغاصب فكانت حقاً له لوجوب خروجها عن ملك المالك باخذ العوض لامتناع ملكية العوض والمعوض له لكن يجب ان يقيد هذا بما اذا لم يصرح الغاصب بكونه مالكها فان صرح بذلك لم يكن له الرجوع على العامل بشيء لانه بمقتضى تصريحه لا حق له على العامل وانما اخذ الحصة باستحقاق وتملك ومدعي الملك ظالم له ومن ظلم لا يظلم اذا عرفت ذلك فاعلم ان للعامل الرجوع عليه باجرة المثل لانه قد ثبت

الانثلام رخنه شدن مصادر

المصم م

فرع على هذا يكون العامل شريكا ايضا في التبن كالحبة م

في م

المساقاة فيجب اجرة المثل لا الحصة لكن هذا اذا لم يصرح العامل بان الملك للمساقي فانه يواخذ باقراره
لان المدعي بزعمه مبطل والبينة بزعمه كاذبة اذا اصر على ذلك لا ان كان تصريحه بها بناء على
الظاهر كما سبق بيانه في البيع ـ ولو رجع على العامل بالجميع فللعامل الرجوع بما وصل الى الغاصب
والاجرة لا ريب ان يد العامل قد ثبتت على جميع الثمرة فاستحق المالك الرجوع عليه بالجميع فاذا
اغرمه ذلك لم يكن الرجوع على الغاصب الا بما وصل اليه لانه الذي استقر تلفه بيده وله عليه
الاجرة لفوات الحصة بفساد العقد كما سبق ـ ولو رجع على كل منهما بما صار اليه جاز لان
قرار ضمان ذلك على من تلف في يده فله الرجوع به من اول الامر ولو تلف الجميع في يد العامل فضمان
حصته عليه واما حصة الغاصب فان يده عليها يد امانة بزعم الغاصب لانه امينه فاذا ظهر كونه ضامنا
رجع على الغاصب لغروره وقد حققناه في الغصب ولو تلف الجميع في يد الغاصب نظر هل كانت يده على
حصة العامل يد امانة ام يد ضمان فيترتب على كل منها مقتضاه ـ ولو كان العامل عالما فلا اجر له
لانه متبرع بعمله ولو رجع المالك عليه بالجميع لم يرجع بحصته بل بحصة الغاصب خاصة فلا يتفاوت
الحكم مع العلم وعدمه باعتبار ما سبق في كلام المصنف الا في الاجرة فلا يرجع بها ـ ولو هرب العامل فان
تبرع بالعمل عنه احد او بذل الحاكم الاجرة من بيت المال فلا خيار والا فله الفسخ لا ريب ان
المساقاة لا تنفسخ بهرب العامل ولا يثبت للمالك الفسخ بمجرد الهرب بل يرفع الامر الى الحاكم ويثبت
عنده المساقاة ويتعذر طلبه فان وجد اجبره على اتمام العمل وان تعذر من ماله ان يعمل ان كان
له مال ولم يوجد من يتبرع عنه لان العمل حق عليه وان لم يجد له مالا انفق من بيت المال ولو قرضا بالعمل
باجرة ان كان فيه سعة والا اقترض عليه او استاجر مؤجلة الى وقت تدرك فيه الثمرة ولو وجد متبرعا
بالعمل لم يجز الاستيجار من مال المالك ولا الاقتراض عليه ولو فقد الجميع فللمالك الفسخ لكن ان كان العامل
ذلك قبل ظهور الثمرة دفعا للضرر ولتعذر احد العوضين اما بعد الظهور فانه يبيع منها ما يفي
بالعمل ولو لم يوجد راغب ولم يف البعض باع الجميع وحفظ ما بقي للعامل ان بقي له شيء وعبارة
الكتاب مطلقة يجب تقييدها بما ذكرناه ـ ولو عمل المالك بنفسه او استاجر عليه فهو متبرع
وللعامل الحصة اذ ليس له ان يحكم لنفسه هذا اذا كان قادرا على الحاكم فعمل او استاجر من
دون مراجعته فانه متبرع حينئذ وان نوى الرجوع لانه لا عبرة بنيته والحالة هذه وليس له ان يحكم
لنفسه كما لو عمل او استاجر مع حضور العامل ـ ولو اذن له الحاكم رجع باجرة مثله ان عمل او ما
ان قصد عزا لاجرة اي لو اذن الحاكم للمالك في العمل او الاستيجار عليه ليرجع صح فان عمل بنفسه او

استاجر رجع باجرة مثل ذلك العمل او بما اداه ان قصر عن الاجرة فان زاد او لم يرجع بالزائد
لانه لا يجوز له الاعتياض للغير بازيد من عوض المثل لوجوب مراعاة الغبطة له ويشكل بما اذا
تعذر الاستيجار الا بالزيادة عن اجرة المثل ومثله ما لو تعذر الانفاق في الرهن والوديعة
والعارية الا بالزيادة عن القيمة فان المتجه انه يرجع بجميع ما ادى الا ان يقال ان هذا هو عوض
المثل لان المرجع فيه الى الزمان والمكان فمتى لم يوجد باذل الا بالزائد كان هو العوض
فان قيل مقتضى العبارة انه لا يرجع بما ادى اذا كان بقدر اجرة المثل لانه شرط في الرجوع
به قصوره عن اجرة المثل قلنا بل مقتضاها الرجوع بالاجرة مطلقا الا ان يقصر ما اداه عنها
فيرجع بما اداه وان كان مفهوم قوله او بما اداه منافيا للاطلاق قوله رجع باجرة مثله فان
الاطلاق اقوى ولو قال الا ان يقصر ما اداه لسلم من هذا … ولو تعذر الحاكم كان له ان يشهد انه
يستاجر عنه ويرجع حينئذ (من دون الرجوع) والمراد بتعذره ما يشمل حصول المشقة الكثيرة في الوصول
اليه ولو لم يمكن اثبات ذلك عند الحاكم فهل هو كتعذر الحاكم فيه احتمال فينتقل الى الاشهاد
ويحتمل التسلط على الفسخ لتعذر الحق حينئذ واشترط في التذكرة ان يشهد انه ينفق ويرجع فلا
يرجع ان لم يشترط الرجوع … ولو لم يشهد لم يرجع وان نوى على اشكال اي لو لم يشهد على
العمل والاستيجار سواء تمكن من الاشهاد ام لا ومنشأ الاشكال من اصالة عدم التسلط على شغل
ذمة الغير بحق يطالب به فيقتصر فيه على موضع الوفاق وهو ما اذا اشهد ومن ان الشاهدين
لا ولاية لهما على العامل وفائدة الاشهاد هو التمكن من اثبات استحقاق الرجوع والمقتضي للرجوع
هو عدم التبرع لقصد الرجوع وربما بني ذلك على ان الاشهاد هل هو شرط للرجوع كاذن الحاكم
فاعتبار لذلك ولانه وسيلة الى اثبات قصد الرجوع المنافي للتبرع فان قلنا بالاول فلا
رجوع بحال وان ثبت عدم التبرع وعلى الثاني يرجع والذي يقتضيه النظر ان اشتراط الا شهاد
لا وجه له اذ لا ولاية للشاهدين على العامل ولا ان دينا غير معتبر بل شهادة تامة وفائدة الاشهاد
هو التمكن من الاثبات فقط والتمسك بالاصل يقتضي انتفاء الاشتراط فح اذا انفق بقصد الرجوع
رجع فيما بينه وبين الله تعالى وكذا لو اقر العامل بانه قصد ذلك وهل يكفي ثبوته بيمينه من
حيث انه لا يعلم الا من قبله يحتمل ذلك ولا ترتيب في ما قلناه كله بين تعذر الاشهاد وعدمه ولو
قلنا بعدم الرجوع الا مع الاشهاد وتعذر اتجه تسلطه على الفسخ ويكون له العمل بمقتضاه فيما
بينه وبين الله تعالى يتوسل الى دفع دعوى العامل بانكار دعوى المساقاة موريا ونحو ذلك ولو

فسخ فعليه اجرة مثل عمله قبل الهرب لانه عمل محترم صدر بالاذن في مقابل عوض وقد فات بالفسخ
فيجب قيمته لتعذر رده ولو مع التبرع الفسخ مع التعيين اي وللمالك مع وجود المتبرع عن
العامل بالعمل ابى الاجرة الفسخ اذا كان العامل معينا للعمل بنفسه ولا ينفسخ العقد بمجرد الهرب
بخلاف الموت لعدم القطع بتعذر العمل لامكان عود العامل ح بخلاف الموت لكن له الفسخ
لتعذر العمل الحالي ففات بعض العوض ولو عمل الاجنبي قبل ان يشعر به المالك تسلم العامل
عن العين الحصة وكان الاجنبي متبرعا عليه لا على المالك فاستلمه الحصة لحصول العمل الواجب
في ذمته الذي هو في مقابلتها فانه لم يشترط حصوله من احد بعينه وقول المص وكان الاجنبي
متبرعا عليه لا على المالك واضح سواء قصد بالعمل التبرع على العامل ام على المالك لان العمل واجب على
العامل وثابت في ذمته فلا يتصور التبرع به على غير من هو عليه ولا اثر للقصد في ذلك ولا
حاجة الى التقييد بقوله قبل ان يشعر به المالك فهو مستدرك بل مضر لانه مع وجود المتبرع وعدم
التعيين لا يكون للمالك الفسخ وتسلم الحصة للعامل علم المالك او لم يعلم اما التقييد بقوله عن
العين ففي موضعه لان المعين اذا استمر هاربا الى ان تنقضي المدة ينفسخ العقد ولا يستحق شيئا
وعمل المتبرع يقع للمالك اذا عرفت ذلك فاعلم ان مرض العامل وحبسه كهربه ذكره في التذكرة ولو كان
مرضه مما يؤيس من برئه فليس ببعيد الحاقه بموته مع احتمال العدم لان العادة قد تتخلف والعامل
امين فيقبل قوله في التلف وعدم الخيانة وعدم التفريط مع اليمين اما انه امين فلانه نايب المالك
في حفظ ماله كعامل القراض واما تفرع قبول قوله في التلف وما يتصل بيمينه على كونه امينا ففي
ظاهر فان الغاصب يقبل قوله في التلف بيمينه وكذا في عدم الخيانة لانكاره اياها فيكون عامل
المساقاة كذلك وكذا القول في عدم التفريط بالنسبة اليه لانكاره اياه وان كان ترتب دعوى الضمان
عليه لتفريطه متفرعا على كونه امينا اما تقديم قوله فلا ولو عبر بقوله ويقبل بالواو لسلم من ذلك واعلم ان
الشيخ في المبسوط والمص في التذكرة قالا ان دعوى المالك على العامل شيئا من الامور المذكورة لا تسمع حتى
يحررها فاذا حررها وبين قدر ما خان فيه فانكر وجبت البينة على المالك واليمين على العامل قلت
هذا بناء على ان دعوى المجهول لا تسمع فلو قلنا بسماعها كفى في توجهها دعوى الخيانة من ماله من
غير احتياج الى بيان القدر ولو ثبتت الخيانة فالاقرب انه لا ترفع عن حصته وللمالك رفع
يده عن نصيبه اي لو ثبتت خيانته من مال المالك على ما ترشد اليه عبارة التذكرة من الثمار او السعف
او الاغصان ومثله الاتلاف والتفريط في الحفظ وان كانت عبارة الكتاب مطلقة فتتناولها اذا غصن النخل

ثبت خيانته في الجملة الا ان يقال هذه الدعوى لا تسمع الا ان يدعى المالك حقاً له اذا عرفت
ذلك فاذا ثبتت خيانته فالاقرب ان يده لا ترفع عن حصته لان ذلك ماله والناس مسلطون على اموالهم
وهو الاصح ويحتمل ضعيفاً رفعها عن حصته ايضا تمسكاً بثبوتها على حصة المالك ما فضل المالك فان لم ترفع
يده عنها قطعا وذلك انما يكون بضم آخر اليه يكون حافظاً لمال المالك فان ضم اليه المالك حافظاً
فاجرته على المالك خاصة وذلك لانه نائبه والقائم مقامه في حفظ ماله وقال بعض الشافعية بانها على
العامل بناء على ان مؤنة الحفظ عليه ولو لم يكن حفظه مع الحافظ فالاقرب رفع يده عن الثمرة والزام
باجرة عامل هنا مسئلتان فاما وجه القرب في الاولى وهي رفع يده عن الجميع اذا تعذر حفظ مال المالك
مع ضم الحافظ اليه فلان للمالك ان يحفظ ماله قطعا ولا يتم الا برفع يد العامل لانه الفرض ويرد
عليه ان الحق الثابت لشخص اذا كان لا يتم الا باسقاط حق شخص آخر وان لم يتعين عن ملكه فلا بد
على سقوط ذلك الحق واستحقاقه ان لم يتعين واما وجه القرب في الثانية فلان العمل واجب عليه وقد تعذر
فعله بنفسه فوجب ان يستأجر من يقوم به كما اذا هرب وفيه نظر لان تعذر العمل منه غير واضح
لان مجرد الخيانة غير كاف في ثبوت تعذر العمل اذ لو جوزنا رفع يده عن الجميع بسببها امكن ان يقال ان التعذر
بسبب المالك فلا يجب عليه اتمامه بشيء آخر والتوقف في الموضعين مجال ولو ضعف الامين عن العمل ضم
غيره اليه ولو عجز بالكلية اقيم مقامه من يعمله والاجرة في الموضعين عليه المراد بالموضعين ما اذا
ضعف الامين وهو العامل فاحتيج الى الضم اليه وما اذا عجز بالكلية فاحتيج الى اقامة غيره مقامه
وانما كانت الاجرة في الموضعين عليه لان العمل الواجب عليه قد تعذر من قبله بضعفه او بعجزه فكان
الاستيجار واجبا عليه ولا ريب ان الاستيجار باختياره لانه حق في ذمته يتخير في جهات قضائه
فان ابى اجبره الحاكم او استأجر عليه ولا يخفى ان هذا انما هو مع عدم تعيينه للعمل بنفسه فيتخير المساقاة
المالك ان شاء وان شاء ابقاها فاذا انتهت المدة ولم يعمل شيئا انفسخت ولو اختلفا في
قدر حصة العامل قدم قول المالك مع اليمين لان الاصل لان حكمها للمالك فالعامل يدعي ملك الزيادة
والمالك ينكر ذلك فيكون القول قوله بيمينه مع عدم البينة وقال الشافعي يتحالفان كالبيع وهو الذي
ذكره الشيخ في المبسوط اولا ثم قوى تقديم قول المالك بيمينه وهو مذهب الاصحاب وان كان للتحالف
وجه دون وجه باصل وكل واحد منكر لما يدعيه الآخر ولان العامل منكر لاستحقاق عمله في مقابله
الاقل من الحصة وكذا لو اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر اي القول قول المالك بيمينه لانه
منكر للزايد ولو اختلفا في قدر العمل المشروط احتمل تقديم قول العامل والتحالف ولو كان

لان اثبات يده على حصته م

فان اصالة عدم ... المالک انقطعت بعقد المساقاة فالمتيقن على ... اذ ليس ... منه ع

مع كل منهما بينة قدم بينة الخارج وهو العامل على ما سبق لانه المدعي وقال الشيخ في المبسوط انه اذا
كان معهما بينتان حكم بالقرعة وما ذكره متجه على القول بان كلا منهما مدع ومنكر اما على القول
بان المدعي هو العامل وانما اليمين في جانب المالك فلا يتجه ذلك ـ ولو صدق احد المالكين
فاعتمد اخذ من نصيبه ما ادعاه وقبلت شهادته على المنكر اي لو كان المالك متعددا ووقع الاختلاف
في قدر الحصة او في الاشجار التي تناولتها المساقاة فصدق احد المالكين العامل فيما ادعاه
نفذ في حقه فيؤخذ من نصيبه ما ادعاه العامل ثم ان كان اهلا للشهادة قبلت شهادته لانتفاء على المنكر م
المانع لانتفاء التهمة ـ ولو كان العامل اثنين والمالك واحدا فشهد احدهما على صاحبه قبلت لانتفاء
التهمة ـ هذا انما يتم اذا قلنا بقبول البينة من طرف المالك وفي قبولها من طرفه نظر لانه منكر
وقال الشيخ في المبسوط ان كان مع احدهما بينة حكم بها وقال المصنف في التذكرة ولو اقام احدهما
بينة حكم بها اجماعا وحينئذ كانت المسألة اجماعية اندفع الاشكال ـ ولو ساقاه على العمل
بحصة منها او بجميعها بعد ظهورها والعلم بقدرها صح وان لم يعلم جاز ولا يلزم الاجارة لابد فيها
من العلم بالعوضين وكونهما في الذمة او موجودين فاذا ظهرت الثمرة وعلم قدر الحمل صحت الاجارة
والا فلا لا يقال هذا كما لو استاجرها لارضاع العبد بجزء منه لانا نقول ليس كذلك لان المقصود
بعمل المساقاة ربما كان هو الاصول فلا يكون العمل في الثمرة محضا او يكون تابعا بخلاف الارضاع
في العبد ـ الخراج على المالك الا ان يشترط على العامل او عليهما اذا كان الشجر في الارض الخراجية
فان الخراج على المالك لانه بسبب الغراس الا ان يشترط على العامل او عليهما فان اشترط كذلك
وجب الوفاء بالشرط لكن يجب ان يكون الخراج معلوم القدر ليصح اشتراطه ولو زاد عن القدر فهي
على المالك ـ وليس للعامل ان يساقي غيره لان المساقاة انما تكون بين صاحب الاصول والعامل بين م
لانها معاملة على الاصول بحصة من الثمرة والعامل لا حق له في الاصول فمساقاته عليها خلاف موضوع
المساقاة وهذا خلاف ما سبق في المزارعة والفرق ان المزارعة لا يشترط فيها كون الارض مملوكة
للمزارع ولهذا تصح في الارض الخراجية بخلاف المساقاة ولعل السر في ذلك ان موضوع المساقاة
هو العمل في الاصول واصلاحها وتربيتها لفائدة وهي الثمرة واما المزارعة فان المقصود
فيها هو الحاصل وليس الغرض فيها كالغرض في الاصول وان كان حرثها وتسميدها مقصودا
تبعا للزرعة وهذا انما يتم باذن المالك فان اذن للعامل في المساقاة صح وكان الثاني هو العامل
والاول وكيل عن المالك ـ ولو دفع اليه ارضا ليغرسها على ان الغرس بينهما فالمغارسة

باطلة سواء شرط للعامل جزء من الارض او لا والغرس لصاحبه ولصاحب الارض ازالته واجرة مثله
لفوات ما حصل بالاذن بسببه وعليه ارش النقص بالقلع لما كانت العقود الناقلة للملك
من مالك الى آخر والمقتضية شغل ذمة خالية بعوض ومجانا توقيفية لا يكون الا بوضع الشارع
وجب ان تكون المغارسة وهي مفاعلة من الغرس والمراد بها ان يدفع ارضا الى آخر ليغرسها
بغرسه او بغرس لمالكها على ان الغرس بينهما سواء شرط مع ذلك ان يكون للعامل جزء من الارض
ام لا باطلة لان هذه المعاملة ليست واحدا من عقود المعاملات فانها اشبه شيء بالمساقاة الا
انها مخالفة لموضوعها كما هو واضح وهذا الحكم باجماعنا وبموافقة اكثر العامة ومن المغارسة
الباطلة ان يعامله على الغرس في الارض بحصة من الثمرة وما جرى مجراها كورق التوت فحيث كانت
المغارسة باطلة فالغرس لصاحبه كما ان الارض لصاحبها فان كان الغرس من المالك فعليه للعامل
اجرة المثل لمنفعته بما عمل باذنه وان كان للعامل فلصاحب الارض ازالته لانه غير مستحق للبقاء في الارض
لكن بالارش لانه وضع باذنه فليس بعرق ظالم وهو تفاوت ما بين كونه قائما بالاجرة ومقلوعا
ويحتمل تفاوت ما بين كونه قائما بالاجرة مستحقا للقلع بالارش ومقلوعا ولصاحب الارض الاجرة
لفوات ما بين منفعتها لاجله بقي هنا شيء وهو انه بعد بذل مالك الارض الارش هل يجب على صاحب
الغرس قلعه ويجبر عليه لو امتنع ام لا وهل يجب طم الحفر وتسوية الارض وارش الارض لو نقصت
بقلع العروق لا اعلم في ذلك تصريحا بنفي ولا اثبات والذي يقتضيه النظر وجوب ذلك كله لان
الاذن انما صدر على تقدير ... الجزء من الغرس وقد فات فيجب ضمان كل ما فات بسببه من منفعة
الارض وقيمتها وما لم يكن شغل الارض به باستحقاق وجب تفريغ الارض منه وطم الحفر الحاصلة
بسبب ذلك وتسوية الارض وقلع العروق وهكذا ينبغي ان يكون الحكم في الاجارة الفاسدة للغرس
والبناء وما جرى هذا المجرى ولو ان مالك الغرس قلعه ابتداء لم يكن في وجوب الطم والتسوية
بحث لانه احدث ذلك في ملك الغير لتخليص ملكه ولو دفع قيمة الغرس ليملكه او الغارس ارض ر
قيمة الارض ليملكها لم يجبر الآخر عليه لان المعاوضة مشروطة بالتراضي وليس ذلك كما في الغصب
لصدور الغرس بالاذن لا يقال هذا الاذن لا عبرة به لانه انما وقع في ضمن المغارسة الباطلة لانا
نقول لا شك في اعتبار هذا الاذن في الجملة فان الغارس غير غاصب محض وما ذاك الا لاعتبار الاذن
ولولا ذلك لم يجب اجرة المثل في الاجارة الفاسدة ونحوها اذا عرفت ذلك فلو اراد احدهما الابقاء
بالاجرة لم يجبر الآخر عليه لما قلناه ولو ساقاه على الشجر وزارعه على الارض المتخللة بينها في عقد

واحد

[illegible]

واحد جاز قد سبقت هذه المسألة في المزارعة وانما اعادها هنا لان هذا هو الموضع الحقيق
بذكرها لاحتياج جواز المزارعة على البياض الى المساقاة على الشجر عند بعض العامة كما نبهنا
عليه سابقا ولانه صرح هنا بجواز العقد الواحد بخلاف ما سبق ولذا كان مقتضى عبارته
ذلك ورجع عن الاشكال السابق الى الجزم — بان يقول ساقيتك على الشجر وزارعتك على الارض
او عاملتك عليهما بالنصف يرد عليه ما اذا قال زارعتك على الارض وساقيتك على الشجر فانه
يجوز عندنا لانا لا نشترط (الارض والشجر) لصحة المزارعة المساقاة وعبارته تقتضي الحصر لان قوله بان الخ يدل
على ذلك — ولو قال ساقيتك على الارض والشجر بالنصف جاز لان الزرع يحتاج الى السقي
الاصح عدم الجواز كما سبق ومعنى السقي غير ملحوظ في المساقاة باعتبار المعنى الشرعي كما قدمناه
ولو قال ساقيتك على الشجر ولم يذكر الارض لم يجز له ان يزرع — قطعا لان كلا منهما له حكم بالا[illegible]
وكل شرط سائغ لا يتضمن جهالة فانه لازم — اراد بالسائغ مطلق الجائز شرعا ثم يحتاج الى التقييد
بقوله لم يتضمن جهالة لان المتضمن للجهالة غير جائز وان اراد به غير المحرم بالنظر الى نفسه فعليه
ان يقيد بعدم منافاته لمقتضى العقد فانه جائز بالنظر الى نفسه لا الى العقد — وهي اجتماع حقوق
الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع — الشركة بكسر الشين واسكان الراء وفتحها وكسر الراء
هي ما ذكره المص ولا ريب ان المراد بالواحد هو الواحد بالشخص فان ذلك هو المتبادر الى الافهام
لا الواحد بالجنس ولا النوع ولا الصنف فلا يكون ذكر الشياع لاخراج اجتماع الحقوق في الجنس مثلا
مع اختصاص كل بفرد بل لاخراج اجتماع الحقوق في الشيء الواحد بالشخص على البدل كاجتماع حقوق
ارباب الزكاة والخمس والمجتمعين على معدن او مباح ونحو ذلك مما يتعذر فيه الاجتماع لكن لا على
سبيل الشياع كذا ذكره شيخنا الشهيد قال فان قيل يخرج هذه بقوله الملاك قلنا الملك المراد
به الاستحقاق حذرا من المجاز والاشتراك فيكون اجتماع الحقوق المذكورة خارجا بقوله الملاك
بل الصواب ان يقال ان قيد الشياع لاخراج اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد لا كذلك كالدكان
خشب السقف لمالك وباقي الآلات بنايه لآخر وارضه لثالث فانه لا شركة هنا مع الاجتماع اذ لا
شياع والمراد بالملاك ما زاد على الواحد كما هو واقع في معظم التعريفات وفيه نظر لانتقاضه
بالشركة في القصاص وحد القذف والخيار والرهن والشفعة ونحو ذلك فانه ليس هناك ملك
حقيقي فلا مالك حقيقة وقد صرح بان هذا احد اقسام الشركة الثلثة ولا يخفى ان هذا التعريف لا يشمل
بقية اقسام الشركة كشركة الابدان والوجوه ولا حرج لان المعرف هو الشركة الصحيحة عندنا

المقصد الرابع في الشركة
وفيه فصلان الاول الماهية
وهي كالمقدمة

فان ذلك اجتماع م

وهو حاصل في الكل وفيما قاله نظر لان
موضوع لفظ الملك اخص من موضوع
لفظ الاستحقاق مطلقا لثبوت ذلك
في كلامهم ولا المجاز ولا الاشتراك مع

لكن بقي هنا شيء وهو ان قوله فيما بعد وأركانها ثلثة المتعاقدان آه الظاهر ان الضمير يعود الى
الشركة التي تقدم تعريفها وركن الشيء معتبر في جميع افراده لانها لا مع ان التعريف الذي ذكره يشمل
اجتماع المالين كذلك بغير عقد وبغير اختيار ولا قصد فان كان غرضه البحث عن الشركة التي يجوز معها
التصرف فحق ان يعرف هذا القسم وان كان غرضه البحث عن احكام مطلق الشركة فعليه ان يقيد
قوله وأركانها ثلثة فان قيل المعنى الحقيقي للشركة قلنا يحتمل ان يكون لها معنيان فيكون اللفظ مشتركا
بينهما احدهما اعم وهو الذي عرفه في اول الباب والآخر اخص وهو الذي اراده بقوله وأركانها
ويحتمل ان يكون الاول حقيقته لغوية مجازا شرعيا الا ان التعريف في كلام الفقهاء للاول ليس على
قانون اللغة بل هو اصطلاحي فيظهر انه معنى شرعي ولهذا يطلقون الشركة ويريدون هذا ويرتبون
عليه عدة احكام وكيف كان فالمقصود الاصلي للفقهاء هو الثاني فان باعتباره تنتظم الشركة في
قسم العقود ويرتبط البحث عنها بالبحث عما قبلها وبعدها ويجري عليها احكام الفساد والصحة
فكان حقه ان نعرفها في اول الباب بهذا المعنى لتكون الابواب على وتيرة واحدة ونحن بأيتال في
تعريفها انها عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياع ولا يدخل فيه المستحقون للا
ونحوهم وانها اما عين او منفعة او حق وهذه اقسام متعلق الشركة وهو ظاهر والاشتراك في
المنفعة بالاجارة والحبس والارث ونحو ذلك قال المص في التحرير والوقف وهو غير ظاهر لانه
ان كان على معينين فالاشتراك في الاصل او غيرهم فلا اشتراك واراد بالحق ما سوى العين والمنفعة
كالقصاص وسبب الشركة قد يكون ارثا وعقدا ومزجا والارث يجري في الاقسام الثلثة وكذا
العقد كما في الحيازة واما المزج فلا يكون الا في الاعيان وحيازة من الحيازة ان يشتركان في نصب
حبالة الصيد او مجلسهم المثبت له ولو مجازا واقسامها اربعة اي اقسام الشركة في الجملة الشركة
التي سبق تعريفها ولا محذور في ذلك لان التقسيم يتوسع فيه بخلاف التعريف فانه للتبيين وقد
ستوضح ذلك في الطهارة حيث ذكر في تقسيمها ما لا يقع عليه اسم الطهارة حقيقة ولا ينطبق عليه
تعريفها شركة العنان وهي شركة الاموال العنان ككتاب سير اللجام الذي تمسك به الدابة قال
المص في التذكرة شركة العنان فان يخرج كل مالا ويمزجاه ويشترطا العمل فيه بابدانهما فقد اختلف
فيما اخذت منه هذه اللفظة فقيل من عنان الدابة اما لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف
واستحقاق الربح على قدر راس المال كاستواء طرفي العنان او كاستواء الفارسين اذا سويا بين
فرسيهما في السير ولان كل واحد منهما يمنع الآخر التصرف كما يشتهي كمنع العنان الدابة واما لان

بان يتعلقا شجرة او غيرها ... دفعة ثانية منه ...

وشركة الابدان بان يشتركا اثنان فصاعدا فيما يكتسبونه بايديهم تساوت الصنعة او اختلفت منه

الاخذ بعنان الدابة حبس احدى يديه على العنان ويده الاخرى مطلقة يستعملها كيف شاء كذلك
الشريك منع بالشركة نفسه من التصرف في المشترك كما يريد وهو مطلق اليد بالنظر الى ساير امواله
وقيل من عنّ اذا ظهر اما لانه ظهر لكل منهما مال صاحبه او لانها اظهر انواع الشركة ولذلك
اجمع على صحتها وقيل من المعاناة وهي المعارضة فان كل واحد منهما عارض بما اخرجه مثل ما اخرجه
الآخر اذا عرفت ذلك فاعلم ان ما عرّف به المص هنا شركة العنان تعريف بالاعم والتعريف الصحيح
هو ما ذكره في التذكرة لانطباق الاحكام عليه مثل قوله واركانها ثلثة وغير ذلك — وشركة المفاوضة
وهو ان يشتركا فيما يتساويان فيه من مال ويلزمهما من غرم ويحصل لهما فيلزم كل واحد منهما للآخر
من ارش جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة لضمان او كفالة ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث
او يجده من ركاز او لقطة او يكتسبه في تجارته بماله المختص به اذا عرفت ذلك فقول المص فيما يتساويان
فيه من مال لا موقع للتساوي هنا بل هو مفسد للمعنى فان مقتضى هذه الشركة الاشتراك في كل ما يحصل
لكل منهما من غنم وغرم اما اشتراكهما فيما يتساويان فليس بجيد ولو قال بدله فيما يكتسبان لسلم من هذا
ثم قوله ويلزمهما من غرم بغصب وبيع فاسد ظاهره قصر الاشتراك في الغرم على هذين النوعين
وليس كذلك اذ لا يستثنى من الاشتراك في هذا النوع من الشركة عند القائل به مما يتملكه احدهما الا
قوت يومه وثياب بدنه وجارية يتسرى بها فانه لا يشاركه الآخر فيها وكذا الجناية على الحر وبذل الخلع و
الصداق اذا لزم احدهما فانه لا يؤاخذ به الآخر فظهر ان العبارة لا تخلو من قصور — وشركة
الوجوه وهي ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه قال المص في التذكرة شركة
الوجوه فسّرت بمعان اشهرها ان يشترك اثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما ليبتاعا في الذمة الى
اجل على ان ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما ثم يبيع كل منهما ما اشتراه ويؤدّي منه الثمن فما فضل
فهو بينهما وقيل ان يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه الى الخامل ويشترطا ان يكون الربح بينهما وقيل
ان يبيع الوجيه وهو ما ذكره المص هنا فظهر ان ما توهمه العبارة من الحصر غير جيد ولو اقتصر
على المعنى المشهور لم يخل من وجه — والكل باطل سوى الاول اعني شركة العنان وذلك باتفاقنا و
قال اكثر العامة وقول ابن جنيد منا بجواز شركة الوجوه وشركة الاعمال شاذ قد لحقه الاجماع فلا
يعتد به والمراد ببطلانها عدم ترتب ثمرتها عليها اما شركة الابدان فلانهما ان عملا كان لكل منهما
اجرة عمله ان تميز قليلة كانت او كثيرة ومع الاشتباه فسيأتي ان الاصح الصلح وان كان مع ذلك فيه
معنى شركة العنان لامتزاج المالين وان عمل احدهما فلا شيء للآخر فاجرة عمله ومنها شركة المفا

وقيل وجيه لا مال له وخامل ذو مال
ليكون العمل من الوجيه والمال من
الخامل ويكون المال في يده لا يسلمه الى الوجيه
ويكون الربح بينهما ص

وفيه

ولو كان في مال
فان كل ما انفرد به احد الشريكين من تجدد مال او ثبوت غرم فهو مختص به
احدهما المتجدد من جنسه مال للآخر فسدت شركة المفاوضة وانقلبت الى شركة العنان
وأما شركة الوجوه فان احدهما اذا اشترى من دون توكيل الآخر له او مع قصد اختصاصه
بالشراء فلا حق للآخر في الربح وان وكله فاشترى لهما فقد تحققت شركة العنان ولذا كانت باطلة
العاقدان ويشترط فيهما التوكيل والتوكل والصيغة وهو ما يدل على الاذن في التصرف و
يكفي قولهما اشتركنا والمال وهو كل ما يرتفع الامتياز مع مزجه سواء كان اثمانا او عروضا او فلوسا اهلية م
السياق يقتضي عود الضمير في قوله ولذا كانت الى ما سماه شركة العنان من الاقسام الاربعة و
هو الذي ينطبق عليه تعريف الشركة في صدر الباب مع ان هذا القسم لا يتوقف تحققه على الاركان
المذكورة اذ لو خلط الشخصين مالهما من غير صيغة بحيث لا يتميزان تحقق هذا المعنى بل لو اختلط
المالان من غير قصد او كانا لصبيين او مجنونين تحقق ذلك فلا تكون هذه اركانا للشركة بهذا المعنى
وتتبع الباب ان المقصود الاصلي بالشركة هو التجارة والاسترباح والاخبار شاهدة بذلك مثل قول
امير المؤمنين عليه السلام شاركوا من قبل عليه الرزق فانه اجلب للرزق وغيره فالاركان المذكورة
للشركة المقارنة بها الى العقود والسابق على الذي على السنة الفقهاء ويدخلون البحث عنها في جملة
البحث عن العقود ويحكمون بان نسائها ويحكمون بتوارد الصحة والبطلان عليها ولولا ذلك لم يصح
شيء من ذلك اذا امتزاج المالين ليس من العقود في شيء ولا يتصور وقوعه الا على وجه واحد
فلا يتصور فيه الصحة والبطلان ولعل بملاحظة الشارح الفاضل ولد المصنف وشيخنا الشهيد هذا
المعنى ارتكبا المجاز في قول المصنف فيما بعد وقيل يبطل الا ان يشترط الزيادة للعامل حيث نزلا ارتكبا ر
بطلان الشركة على ارادة بطلان الاذن وهو بعيد عن التحقيق وعن مقصود الباب نعم كان
الواجب على المصنف تعريف الشركة التي هي المقصود الاصلي للفقهاء وتعد من جملة العقود ليتبادر
الى الفهم ترتب هذه الاحكام عليها ويرتبط الكلام بعضه ببعض واذا ذكر بعد ذلك ما يقع عليه
اسم الشركة بقول مطلق ويتبع احكامه لم يكن فيه حرج ولا اشكال اذا عرفت ذلك فاعلم انه يشترط
في المشتركين اهلية التوكيل والتوكل لان الغرض كل واحد منهما متصرفا في جميع المال بحق الملك
فيما يخصه وبالاذن فيما يخص شريكه فهو وكيل له ولا بد من صيغة لان الاصل عصمة الاموال كون م
على اربابها فلا يصح التصرف فيها الا باذنهم وانما يعلم الاذن باللفظ الدال عليه لان الافعال لا
دلالة لها فان اذن كل منهما لصاحبه صريحا فلا بحث في الصحة ولو قال كل منهما اشتركنا واقتصر عليه

مع قصدهما الشركة بذلك فيه وجهان احدهما الاكتفاء في جواز التصرف واختاره المحقق هنا وقربه في التذكرة وهو ظاهر اختياره في التحرير حيث قال ويكفي في الصيغة ما يدل على الرضا بالمزج لفهم المقصود منه عرفا والثاني لا لقصور اللفظ عن الاذن اذ لا يلزم من حصول الشركة جواز التصرف فانهما لو ورثا مالا او اشترياه صفقة واحدة تحققت الشركة مع عدم جواز التصرف والاول اقوى لان المقصود الاصلي من الشركة هو الاستنماء والاسترباح ولا يكون ذلك الا بالتصرف خصوصا مالا ينمو بنفسه واما الارث والشراء فليس بقادح لتخلف الحكم فيهما لان البحث في الشركة الاختيارية التي يتحقق القصد فيها الى مزج المالين ولان اشتركنا جنس كان ولو قال يكفي ان يقول احدهما اشتركنا فيقول الآخر قبلت او نعم لم اجده لكن مقتضى ما ذكره ويشبه ان يكون قبلت غير كاف لانه وكيل وموكل فلا يكفي ذلك في الايجاب ما لم فيحتمل من حيث ان كلمة الجواب يحذف بعدها الجملة نعم كلما دل على التوكيل والتوكل مع المزج فكان قطعا ~~شاشتا انسبع ان يكون معناه مزج المالين لان المزج لا يكون باللفظ فيتعين ان يكون معناه جواز التصرف والا لم يكن له~~ ~~معنى اصلا~~ ولا بد من مال من الجانبين ويشترط فيه اتحاد الجنس والوصف بحيث لو مزج ارتفع الامتياز ولا بد من المزج فلا ينعقد الشركة بدونه ولا يشترط تقدمه عندنا ولا كونه في مجلس العقد بل ولا يشترط اللفظ منهما معا في مجلس واحد خلافا لبعض العامة ولا فرق في المال بين ان يكون اثمانا او عروضا او فلوسا ولا بين كونه مثليا او قيميا عندنا او منع جمع من العامة وقوع الشركة في بعض ذلك — فلا يكفي مزج الصحيح بالقراضة ولا السمسم بالكتان ولا عند احد من الشركة القراضة بالضم ما سقط بالقرض والمراد بها هنا خلاف المسكوك من النقدين وما جرى مجراهما والمراد بالكتان بذره وانما لم يكف ذلك في انعقاد الشركة لفقد بعض اركان العقد وهو المزج الرافع للامتياز — ويحصل الشركة بالمزج سواء كان اختيارا او اتفاقا اي لا يشترط لصحة الشركة المزج بالاختيار فلو امتزج المالان اتفاقا او بفعل اجنبي او ورثا معا مالا فعقدا الشركة بينهما صح — والمختلف مما يتحقق فيه الشركة بالعقد الناقل بان يبيع احدهما حصة مما في يده بحصة مما في يد الآخر ليتحقق المزج الرافع للاشتراك ومثله البيع الهبة وساير العقود الناقلة ولا يتعين له ذلك بيع الحصة من احدهما بالحصة من الآخر بل لو باع الحصة من احدهما بثمن واشترى الحصة من الآخر به صح فلو قال كالبيع لكان اولى ولا يخفى ان تحقق الشركة بالعقد الناقل انما يكون مع عقد الشركة بينهما كما حققناه — ولو باعا بثمن واحد او عملا باجرة ثبتت الشركة سواء تساويا في

واحدة م

بلغ

اشار اسعد ان يكون معناه مزج المالين لان المزج لا يكون باللفظ فيتعين ان يكون معناه جواز التصرف والا لم يكن له معنى اصلا م

نله المعتبر في الاشتراك ط

القيمتان او اختلفتا و لكل منهما بقدر النسبة من القيمة اذا كان لكل من الشخصين ملك بانفراد . فباعاها او
احدهما عن نفسه و بوكالة الآخر صفقة واحدة بثمن واحد او كانا اجيرين فعملا باجرة واحدة صفقة
واحدة صح ذلك عندنا و لا يضر جهالة كل منهما بقدر حصته حال العقد لان العلم بمجموع الثمن شرط
وقد حصل اما حال الاجزاء فلا وح تثبت الشركة بينهما سواء تساوت القيمتان او اختلفتا والتحقيق المنح
المعتبر والمراد تحقق الشركة بالمعنى الاعم او تحقق بعض احكامها و طريق معرفة حق كل منهما من مجموع
الثمن نسبة قيمة مال احدهما او عمله الى مجموع القيمتين واخذ تلك النسبة من الثمن والاجرة قوله والاجرة
واذا تميز عمل الصانع عن صاحبه اختص باجرته ومع الاشتباه يحمل التساوي والصلح اما الاختصاص يحتمل
باجرة عمله مع التميز فظاهر واما وجه احتمال التساوي في الاشتباه اجتماع الاجرتين معا في ذلك
الحاصل لانه الفرض والاصل عدم زيادة احدهما على الآخر ولان الاصل مع الاشتراك التساوي
ويضعف بان الاصل المذكور لا تحقق له فان زيادة مال شخص على آخر ونقصانه عنه ومساواته له ليس
اصلا اذ لا رجحان لاحدها على غيره لا بحسب العادة ولا بحسب نفس الامر وهذا انما يتحقق في مثل ما
اذا اشتركا في السبب المملك كما لو اقر لهما معا بملكية شيء او اوصى لهما او وقف عليهما فان السبب المملك
لهما هو الاقرار والوصية والوقف ونسبتهما اليه على حد سواء ولان تفضيل احدهما على الآخر يتوقف على
زيادة في الوصية والوقف والاصل عدمها وكذا الاقرار بخلاف ما نحن فيه فان العمل الصادر من احدهما
المقتضي للملكية مغاير لغير الصادر من الآخر واستواؤهما وتفاوتهما محتملان على حد سواء واما وجه
احتمال التوقف على الصلح فلانه طريق البراءة وهو الاصح وكذا القول في كل مالين امتزجا وجهل قدر
كل منهما . ولابد وان يكون راس المال معلوما جنسا وقدرا معينا فلا تصح الشركة ~~فيما اذا كان المال~~
~~الممزوج مجهول الجنس كما اذا لم يعلم انه ذهب او فضة~~ في المجهول ولا الجزاف ولا الغائب ولا الدين
اي لابد لصحة الشركة من كون راس المال لكل من الشريكين معلوم الجنس والقدر فلا تصح نحو ذلك وكذا لا
تصح اذا كان مجهول القدر كما اذا مزجا المالين جزافا ويشترط ان يكون معينا ايضا فلا يكفي العلم
بالجنس والقدر من دون التعيين بذكر الاوصاف الرافعة للجهالة اذا لم يكن مشاهدا فلو عقدا
الشركة على المال الغائب غير الموصوف لم تصح وكذا الدين وانما اشترط ذلك لان الاذن لا يدري
في اي شيء اذن والماذون لا يدري ماذا يستفيد بالاذن ويحتمل عدم اشتراط ذلك لان الشركة ليست
من عقود المعاوضات وانما هي في معنى التوكيل فلا يقدح فيها الجهالة وقيد ذلك في التذكرة بما اذا
امكن معرفته من بعد ولا اجد لاشتراط ذلك وجها فانه اذا كان بين اثنين مال اشتركاه وكل منهما واد

الشركة فيما اذا كان المال الممزوج
مجهول الجنس كما اذا لم يعلم انه
ذهبا وفضة صح

جاهل

الفصل الثاني الاحكام
لا يجوز لاحد الشريكين

جاهل بقدر حصته لا مانع من ان ياذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف في جميع المال لان الحق لا يعدوهما وقد تراضيا على ذلك ويكون حال الربح كحال الاصل واطلاق كلام المتن في التحرير يقرب مما ذكرناه فانه قال لا يشترط تساوي المالين قدراً ولا العلم بالمقدار حالة العقد ومنع صحة الشركة في الدين لا وجه له لبتوله تعلق الوكالة وكون احد المالين غير متميز عن الآخر اذا عرفت ذلك فاعلم ان في العبارة من التعسف ما لا يخفى فان المجهول مضمن على الجزاف وعطفا الغايب والدين عليهما يؤذن بانهما متفرعان على اشتراط كون راس المال معينا وهو غير مستقيم كما لا يخفى ولا يشترط التساوي قدراً اجماعاً ويشترط امتزاجهما هذا مستغنى عنه لانه قد سبق ذكره ثم لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في المال الممتزج الا باذن صاحبه مراده بذلك ان مجرد الامتزاج غير كاف في جواز التصرف ولهذا علق الحكم بمنع التصرف على وصف المتزج فان انفرد احدهم بالاذن اختص بالتصرف لو قال احدهما للثاني بجمع الضمير فانه مثنى وفي بعض النسخ احدهما وان اشتركا اشتركا اي وان اشترك كل منهما في الاذن اشترك التصرف بينهما اي جاز لهما واطلاق الاذن تصرف كيف شاء لان الاطلاق في هذا العقد معتبر لعدم منافاة الغرر وانما يتنزل الاطلاق على الامور الغالبة في التجارة كالبيع والشراء مرابحة ومساومة ومواضعة وتولية وقبض الثمن واقباض المبيع والمطالبة بالدين والحوالة والاحتيال والرد بالعيب والاستيجار على مال الشركة والاجير لا على الحاجة ونحو ذلك بشرط مراعاة المصلحة كما في الوكيل ولا يجوز السفر الا بالاذن على اظهر الوجهين ولا يكفي فيه الاطلاق اذ لا يتبادر الى الفهم منه ولما فيه من الخطر كما ولا يجوز هبة شيء من مال الشركة ولا اعتاقه على مال ولا تزويجه ولا المحاباة بمال الشركة ولا اقراضه ولا المضاربة عليه ونحوه لان ذلك كله ليس من توابع التجارة الغالبة نعم لو اقتضت المصلحة شيئا من ذلك ولم يتيسر استيذان الشريك جاز فعله ولو عين له جهة لم يتجاوز المحدود اي لو حد له شيئا فتجاوزه ضمن سواء دل على التحديد عموم اللفظ او خصوصه فلو سافر من غير اذن بل اعتماداً على اطلاق الاذن ضمن ويجوز الرجوع في الاذن والمطالبة بالقسمة اذ الشركة من العقود الجائزة من الطرفين لما كانت الشركة عبارة عن توكيل وتوكل كانت فسخها جائزا من الطرفين كالوكالة فيجوز رجوعهما عن الاذن انفسخت من الجانبين وكذا لو فسخها احدهما فسخها الشركة لان الوكيل ينعزل اذا عزل نفسه وفسخها من احد الجانبين يقتضي عزل كل منهما ولو عزل احدهما الآخر عن التصرف انعزل المخاطب دون العازل وللمطالبة المطالبة بالقسمة فتبطل بها العقد الشرط وهل تنفسخ بالمطالبة فيه احتمال وتنفسخ بالموت والجنون وان عرض لاحدهما وكذا الا غما

بمئة

والحجر للسفه والفلس كالوكالة ثم في صورة الموت ان لم يكن على الميت دين ولا هناك وصية تخير الوارث بين القسمة مع الشريك وبين تقريرها بعقد مستانف ان كان كاملا والا فوليه ومع الدين يبنى الحكم على ما سبق من تصرف الوارث في التركة مع الدين والوصية ان تعلقت بعين لمعين فهو كالدين وقد علم عند من ان المراد من انفساخها ارتفاع ما اقتضاه العقد من جواز التصرف ولا يصح التاجيل فيها المراد بصحته ترتب على الشرط عدم جواز التصرف بعد الاجل الا بعقد مستانف لانه من مقتضيات الشرط ولو شرط التفاوت مع تساوي المالين او التساوي مع تفاوته فالاقرب جواز ان عملا او احدهما سواء شرطت الزيادة له او للآخر وقيل يبطل الا ان يشترط الزيادة للعامل لان الربح تابع لراس المال لانه نماؤه فان شرط التفاوت فيه مع تساوي المالين او التساوي مع تفاوت المال بالنسبة اليهما فلا يصح قال انهما عند المص جواز ذلك ان عملا او احدهما وهو قول المرتضى وولد المص وحكاه في المختلف عن ظاهر ابن الجنيد لعموم قوله تع واوفوا بالعقود وقوله تع الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقوله ع المؤمنون عند شروطهم ويضعف بانه اكل مال بالباطل لان الزيادة ليس في مقابلها عوض لان الفرض انها ليست في مقابلة عمل ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة لتضم الى احد العوضين ولا اقتضى تملكها عقد هبة والاسباب المثمرة للملك معدودة وليس هذا احدها ولا هو اباحه للزيادة اذ المشروط تملكها بحيث يستحقها المشروط له فيكون اشتراطها اشتراطا لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك كما لو دفع اليه دابة ليحمل عليها والحاصل لهما فيكون باطلا فيبطل العقد المتضمن له اذ لم يقع التراضي بالشركة والاذن في التصرف الا على ذلك التقدير فلا يندرج في قوله تع اوفوا بالعقود ولا في قوله ع المؤمنون عند شروطهم واما عدم اندراجه في قوله الا ان تكون تجارة عن تراض فظاهر اذ الشركة ليست من التجارة في شيء اذ هي مقابلة مال بمال لو شرط ذلك للعامل تحققت التجارة لان العمل مال فهو في معنى القراض وقال الشيخ في المبسوط والخلاف تبطل الشركة واختاره ابن ادريس وهو الذي عناه المص بقوله وقيل يبطل وهو الاصح ودليله ما ذكرناه وقال ابو الصلاح تصح الشركة دون الشرط وحكم باباحة الزيادة اذا حصل التراضي عليها ولا بحث في ذلك اذا كان التراضي في غير عقد الشركة اما العقد فما ذكره من بطلان الشرط صحيح واما العقد فبغير ظاهر اذ لم يقع التراضي بالتصرف الذي هو مقصود الشركة الا على ذلك الشرط الفاسد اذا عرفت ذلك ففيها فوايد ٣ شرط المص لصحة الشرط عملهما او عمل احدهما فلو لم يعمل واحد منهما لم يحل تناول الزيادة ولم اجد التصريح به في غير هذا الكتاب ولعله نظر الى ان

كالوارث

ويقسط الربح والخسران على الاموال بالنسبة متن

يعلم م

صحة م

ان الرابح الواقع وعقد الشركة

استحقاق

٢١

تقتضي الشركة انما يتحقق بالعمل فحينئذ يثبت الشرط اما اذا عمل المال المشترك بنفسه فانهما على نسبة
الاستحقاقين وفيه نظر لان مقتضى عقد الشركة هو اباحة التصرف لا نفسه فان اقتضى العقد
استحقاق المشروط للحكم بصحته لم يتوقف على امر اخر والا لم يستحق بالعمل اذ ليس في مقابله ولا اقتضاه
العقد بت اذا انفرد احدهما بالعمل وشرط له في مقابله زيادة من الربح ففي الشركة شائبة المضاربة
وكذا اذا زاد في العمل فمن شرطت له الزيادة لوجود معنى المضاربة ح على القول بالبطلان في الفرض
المذكور يقسم الربح بينهما على نسبة المالين ثم يرجع العامل باجرة مثل عمله في مال صاحبه سواء عملا
او احدهما كذا ذكره الشيخ وفي استحقاق الاجرة لعمل دخل على ان نفعله بغير عوض نظر انما العامل
الذي شرط لصاحبه الزيادة فانه يستحق الاجرة بالشرط مع البطلان وهو غير متحقق في محل النزاع
لان الاشتراط جائز مع العمل وان كان المشروط له اقل عملا اذ لا امتناع فان تبرع احدهما بعمله
ويعمل الآخر بعوض فيكون في الشركة مضاربة مع احدهما اجرة المسألة شبيهة بما سبق في المساقاة
من انه اذا ساقى الشريك ولم يشترط له زيادة على حصته تفسد المساقاة ولا يستحق الشريك اجرة
خلافا للشيخ د قال الشارح الفاضل وشيخنا الشهيد ان الموصوف بالصحة والبطلان ليس نفس
الشركة الحقيقية اذ لا يمكن وقوعها على وجهين بل المراد به الاذن في التصرف للآخر مجازا
على رأي الشارح وفي عبارة شرح الارشاد بل المراد به نفس الشرط وما يتوقف عليه كالاذن في التصرف
نفس الشرط وليس بشيء بل الموصوف بذلك نفس عقد الشركة واعلم ان الملك انما وحد ضمير المال
في قوله او التساوي مع تفاوته لان التفاوت انما يكون بين شيئين فاغنى ذكره لاقتضائه التعدد
عن تثنية الضمير والشريك امين لما عرفت غير مرة من انه وكيل ويقبل قوله في التلف وان
ادعى سببا ظاهرا اي بيمينه كالمستودع وقال الشافعي انه ان اسند التلف الى سبب ظاهر طولب
بالبينة عليه ويقبل قوله في قصد ما اشتراه انه لنفسه او للشركة ويقع دعوى الشراء لنفسه
كثيرا عند ظهور الربح في العقد بكون الشراء للشركة امكن تقديم قوله لان الاختلاف في فعله ولان
ظاهر يده تقتضي الملك فعلى الآخر البينة فان قال كان مال الشركة فخلصت بالقسمة فالقول
قول الآخر في انكار القسمة للاتفاق على الشركة وادعاه القسمة فيكون القول قول منكرها
بيمينه ولو اذن للآخر في قبض الثمن البايع به دفع يد المشتري من نصيب الآذن لاعترافه بقبض
وكيله ثم القول قول البايع في الخصومة بينه وبين المشتري وبينه وبين المقر وتقبل شهادة المقر
عليه في حقه ان كان عدلا او لا احلف واخذ من المشتري ولا يشاركه المقدم ثم يحلف المقر ولا تقبل

ماذكره م لانه مبني على عدم الانفراد او نحوه

وللشركة عند ظهور الخسران ووجه
تنول قوله في ذلك انه ذلك لا يعلم
الا من قبله ولو ادعى عليه التصحيح
م

شهادة المشترك لو باع احد الشريكين مالاً مشتركاً باذن شريكه الآذن له في قبض الثمن ايضاً ثم اختلف
الشريكان في قبض الثمن فادعى الآذن على البايع قبضه باسره وطالبه بنصيبه وصدقه المشتري
وانكر البايع القبض كذا فرض المصنف المسئلة في التذكرة وغيره فجعل الشريكين وكذلك صنع في التحـ الاختلاف بين ع
بعدها وظاهر كلامه هنا ان الاختلاف بين البايع والمشتري والشريك مصدق ولا تفاوت
في الحكم الا ان ما في التذكرة ادخل في كونها من احكام تنازع الشريكين اذا عرفت ذلك فاعلم انه قد برئ
المشتري من نصيب الآذن في المبيع لاعترافه بان وكيله وهو البايع قد قبض حقه ثم هنا خصومتان
احديهما بين البايع والمشتري والثانية بين الشريكين فان تقدمت الاولى فطالب البايع المشتري
بنصيبه من الثمن فادعى الاداء واقام به البينة برئ من الحقين بالاقرار والبينة وتقبل شهادة الشريك
المقر على البايع بالاداء اليه ان كان عدلاً اذا شهد على البايع فقط لانتفاء التهمة حينئذ ولو شهد
باداء الجميع لم تقبل في حصته قطعاً للتهمة اذ لو ثبت ذلك لطالب المشهود عليه بحصته وذلك جر
نفع ظاهر وهل تقبل في نصيب البايع فيه وجهان يلتفتان الى ان الشهادة اذا ردت في بعض
المشهود به فهل ترد في الباقي ام لا فان لم يكن للمشتري بينة بالقبض حلف البايع انه لم يقبض فيستحق
اخذ نصيبه ولا يشاركه فيه الآذن لانه اقر بقبض البايع اولاً وما هو الحق يقتضي ان يكون
ما قبضه ثانياً بيمينه ظلماً فان نكل عن اليمين ردت على المشتري فاذا حلف انه اقبض الجميع انقطعت عنه المطالبة
فان نكل الزم بنصيب البايع دون نصيب الشافعيه لا يلزم لانا لا نحكم بالنكول وليس بشيء لان
هذا ليس حكماً بالنكول بل بالاصالة بقاء الثمن في ذمته حيث لم يات بحجة على الاداء لحصة البايع ثم ان كان
المشتري قد اقام البينة باقباض البايع جميع الثمن كان للآذن المطالبة بحصته قطعاً الا ان ثبت ذلك
بشاهد ويمين او باليمين المردودة وان جعلنا المردودة كالبينة لان اثرهما انما يظهر في حق المتخاصمين
فيما تخاصما فيه لا مطلقاً فان لم يكن اقامها كان للآذن احلاف البايع لانكاره قبض حصته فان نكل حلف الآذن ورد دة
واخذه ولا يرجع البايع بذلك على المشتري لما قلناه من ان اثر المردودة انما هو في حق المتخاصمين وليس له (اي للآذن)
مخاصمته لاعترافه بان ما فعله الشريك ظلم كذا قيل وفيه نظر لان ذلك لا يسقط حقه من الدعوى لانه وكيل
الشريك في القبض وقد اعترف بقبضه حصته ويمكن الجواب بان اعتراف الشريك بقبض البايع اقتضى عزله
لانعزال الوكيل بفعل متعلق الوكالة واعتراف الموكل بعزل الوكيل ماض ويمكن ان ينظر بوجه آخر وهو
ان البايع قد ادى دين المشتري بامر الحاكم فله الرجوع ويجاب بان ذلك انما هو مع تحقق الدين وهنا قد برئ
المشتري منه باقرار الآذن ويمكن ان يقال ان اقراره انما ينفذ في حق نفسه لا في حق البايع ويمكن الا يلزم

المشتري

المشتري بالدين جزماً ليكون ذلك موقوفاً على ثبوته وانما يحوز له المخاصمة والطلب على تقدير الثبوت
اذا عرفت ذلك فاعلم ان نكول البايع عن اليمين في خصومة المشتري لا يمنع من حلفه هنا لانها خصومة اخرى
ولا يقال ان اليمين المردودة اما كالاقرار او كالبينة فان كانت كالاقرار فكانه اقر بالقبض وان كانت
كالبينة فكان البينة قامت على قبضه لانا نقول قد سلمنا انها كاحدهما في حق المتخاصمين لا مطلقاً ولو ان
خصومة البايع تقدمت على خصومة المشتري فالحكم كما سبق الا انه ينبغي ان لا تقبل شهادة الآذن هنا
للمشتري بحال نظراً الى سبق الخصومة بينهما اما المشتري فلا تقبل شهادته في الموضعين ولعل المصنف انما لم يتعرض
للفرق بين الصورتين في تقدم احدى الخصومتين وتاخرها نظراً الى عدم وجود كثير فرق واعلم ان الضمير
في قول المصنف من قوله ولو اقر الآذن في قبض البايع يعود الى القبض وفي قوله دينه يعود الى البايع وقوله
وتقبل شهادة المقر عليه وفيه انه كان عدلاً معناه ان شهادة المقر وهو الآذن تقبل على البايع في
قبضه حق نفسه لا في قبض حق الآذن لانها تجر نفعاً واطلاق العبارة يتناول ما اذا شهد بقبض
المجموع فيقتضي انها وان ردت في البعض قبلت في البعض الآخر وهو محتمل كما يقتضيه عدم الفرق
في قبول شهادة الشريك للمشتري بين تقدم خصومته مع البايع على خصومة البايع والمشتري وتاخرها
وقوله ولا تقبل شهادة المشتري لجاره على طلاقه سواء تقدمت خصومة المقرام المشتري ولا تقبل شهادة
المشتري لجاره على طلاقه سواء تقدمت خصومة المقرام المشتري الى وقوله ثم يجلب المقر لا يراد منه
الترتيب المستفاد بثم لانه قد ذكر الحكم في الخصومة بين البايع والمشتري وبينه وبين المقر بغير ترتيب
ولو ادعى المشتري على شريك البايع بالقبض فان كان البايع اذن فيه فالحكم كما تقدم وان لم ياذن لم يبرأ
المشتري من حصة البايع لانه لم يدفعها اليه ولا الى وكيله ولا من حصة الوكيل الشريك لانكاره فالقول
قوله مع يمينه ولا يقبل قول المشتري على الشريك وللبايع المطالبة بقدر حقه خاصة لاعترافه بقبض الشريك
حقه وعلى المشتري دفع نصيبه اليه من غير يمين فاذا قبض حقه فللشريك مشاركته فيما قبضه وله ان لا
يشاركه ويطالب المشتري فاذا حلف انه لم يقبض منه شيئاً وليس للمقبوض منه الرجوع على المشتري بعوض
ما اخذ منه لاعترافه ببراءة ذمة المشتري هذه مقابل المسئلة السابقة لان الدعوى من غير البايع على
البايع انه قبض وهذه عكسها وصورتها ان يدعي البايع على شريكه الآذن في القبض به والمصنف اطلق العبارة
فتتناول باطلاقها ما اذا لم يكن الشريك قد اذن للبايع في القبض لان الحكم لا يتفاوت عنده بالاذن وعدمه
وعند بعض الشافعية يتفاوت وكيف كان فلا يخلو اما ان يكون الشريك الذي لم يبع ماذوناً له في القبض
من البايع او لا فان كان ماذوناً فالحكم فيها كما تقدم في المسئلة الاولى من غير فرق لانه قد اعترف بقبض وكيله

يجيع حقه فان شارك فعليه اليمين انه لم يستوف حقه من المشتري وياخذ من القابض نصف نصيبه ويطالب المشتري بالباقي م م

ما لقبض م

يقبض المشتري من حصته ويكون هنا خصومتان احديهما بين البايع والشريك والاخرى بين المشتري والشريك ولا يخفى في عبارة المقدّ من القصور فانه لا يلزم من دعوى المشتري على الشريك بالقبض وكونه ماذونا من البايع نقض الحكم السابق لان البايع بدعا كان منكرا لذلك فلا يستقيم ما ذكره وهو ظاهر وان لم يكن الشريك ماذونا في القبض لم يبرأ المشتري من حصة البايع قطعا ولم يتوجه بينهما خصومة لانه لم يدفع حصته اليه و لا الى وكيله قطعا و لان حصة الشريك لا تكاد تتوقف الامر على انفصال الخصومة بينهما بان يحلف على عدم القبض مع عدم البينة ولا يخفى ان قول المقدّ ولا يقبل قول المشتري على الشريك لعوله انه قد علم انه مدع والشريك منكر فالحجة من المدعي البينة اذا عرفت ذلك فللبايع المطالبة بقدر حقه خاصة سواء كان ماذونا له في القبض من جهته ام لا لانه لو كان ماذونا لانعزل باعترافه بقبض الشريك حقه لانتفاء متعلق الوكالة بزعمه وعلى المشتري تسليم نصيبه اليه من غير يمين لاعترافه بما يقتضي عدم البراءة من حقه فاذا قبض حقه فللشريك مشاركته فيما قبض بعد اليمين وكذا ان لا يشاركه ويطالب المشتري بجميع حقه سواء كان قد اذن للبايع في القبض ام لا وقيل بعضا لشافعيه بين ما اذا كان ماذونا في القبض فحكموا بالشركة وغيره ماذون فحكموا بالعدم لانه ليس له المطالبة بنصيب شريكه فكيف يقبضه ويضعف بان الاذن يزول بالاعتراف بالقبض كما قدمناه فالصفقة واحدة وكل جزء من الثمن شايع بينهما فان شاركه في المقبوض اخذ الباقي من المشتري ولا يتوجه بين البايع الاربع وليس له مطالبة المشتري بعوضه لما اخذ منه لان الشريك بزعمه ظالم والمشتري بري الذمة اذا عرفت ذلك فاعلم ان قول المقدّ فعليه اليمين انه لم يستوف من حصته من المشتري وعلله ويطالب المشتري بالباقي ذا حلف انه لم يقبض منه شيئا المتبادر منه وجوب حلفه مرتب وهو محتمل فانه لو حلف المشتري انه لم يقبض شيئا استحق مشاركة البايع فيما احذه لثبوت استحقاقه على المشتري مع اتحاد الصفقة والاشتراك في كل جزء من الثمن مع احتمال اليمين للبايع لانه يدعي عليه اخذ جميع حقه فلا يستحق المشاركة ويضعف بان هذه الدعوى قد اندفعت باليمين سابقا وهو الظاهر من عبارة التذكرة حيث اكتفى بالحلف لجواز الرجوع على كل منهما وان اسنده الى الشافعيه نعم لو طالب البايع ببعض المقبوض فاحلف على عدم القبض بخلاف المشتري اياه ايضا لان الخصومة في الواقع بينهما ولان الاستحقاق على البايع فرع الاستحقاق على المشتري وفيه نظر لان ذلك بحسب الواقع ونفس الامر اما بحسب الظاهر فلا ولهذا لو نكل الشريك فحلف المشتري بالرد على قبضه كان له مخاصمة البايع بعد اخذ نصيبه لما عرفت من ان اليمين المردود اما كالاقرار او كالبينة فيخص المتخاصمين في تلك الخصومة فتطاير حينئذ وجوب يمينين

كما يظهر

كما يظهر من العبارة ولو خاصم المشتري شريك البايع فادعى عليه القبض لم تقبل شهادة البايع لانه يدفع
عن نفسه ضرر مشاركته فيما يقبضه من المشتري فيحلف ويأخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل اخذ
المشتري منه النصف هذه من تتمة المسئلة السابقة فان الخصومة بين المشتري وشريك البايع
قد سبق ذكرها وهذه من جملة احكامها ولكن عبارة المصنف توهم انها مسئلة مستانفة بالاستقلال
وكيفيتها ان الخصومة التي بين الشريك والمشتري لدعوى المشتري عليه القبض لا تقبل شهادة البايع
فيها للمشتري باقباض الشريك وان لم يكن شريكا له فيما يقبضه على تقدير القبض لان الشهادة تجر نفعا
اليه باعتبار انه اذا اقتضى نصيبه بعد ذلك يسلم له ولا يشاركه فيه بناء على استحقاق المشاركة اذا لم يثبت
القبض وهذا انما يتم على ما اختاره المصنف من الوجهين وهو الاشهر بين الاصحاب ولو قلنا بان الشريك يتمكن
من قبض حقه من الثمن المشترك بانفراده قبلت شهادته اذ لا تهمة ح فيحلف ويأخذ من المشتري نصف الثمن
ان شاء وان شاء اخذ الحصة من البايع مما يقبضه على انه نصيبه والباقي من المشتري على ما سبق ولا يخفى ما
في هذه العبارة من المسامحة وان نكل حلف المشتري اليمين المردودة وطالبه بالنصف الذي هو مقدار نصيب
البايع لانه لا ولاية له عليه ولو باع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى احدهما منه شيئا شاركه الآخر
فيه وان تعدد المشتري المشهور بين الاصحاب انه اذا كان بين اثنين فصاعدا دين بسبب واحد
اما عقد او ميراث او استهلاك او غيره كما ذكر المسئلة في التذكرة والدروس وعبارة الكتاب انه لو باع الشريكان
سلعة صفقة وظاهره انهما مالكا الشركة وصرح بذلك في التحرير وفي المختلف كما هنا وقبله ابن ادريس
في السرائر اذا كان بينهما متاع فباعاه بثمن معلوم وهي عبارة الشيخ والظاهر انه لا تفاوت في الحكم فرض
موضوع المسئلة اعم اولى وانفع اذا عرفت ذلك فاعلم ان لكل من الشريكين المطالبة للمشتري بحصته
من الدين فاذا استوفاه يشاركه الآخر فيه لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فكلما حصل منه كان بينهما
ولمرسلة ابي حمزة عن ابي جعفر ع عن رجلين بينهما مال منه بايديهما ومنه غايب عنهما فاقتسما الذي بايديهما
واحال كل واحد منهما بنصيبه من الغايب فاقتضى احدهما ولم يقتض الآخر قال ما اقتضى احدهما فهو بينهما
وما يذهب بماله ومثلها رواية معاوية بن عمار عن الصادق ع وغيرهما ولا صراحة فيهما بالنسبة الى المدعى
لان المقتضي لم يصرح بكونه هو مجموع الدين او بعضه المقتضي فيقطع دلالتها على المطلوب متوقفة
على ارادة الامر الثاني وذلك غير معلوم واللفظ يحتمل الامرين هذا محصل ما ذكره ابن ادريس في
الجواب عن الاخبار على تقدير تسليم كونها حجة ويرد عليه ان ما الواقعة في الجواب للعموم والعبرة بعموم اللفظ
وكذلك الاستفصال في حكاية الحال المحتملة تقتضيه ايضا وقال ابن ادريس ان لكل منهما ان يقتضي

شريكه م

والشريك البايع

وفيه نظر لان اشتراك الدين في الذمة لا يمنع من تعيين حق واحد في حصته صح

فاقتضى م اي اخذ

الاقتضاء الاخذ

حقه ولا يشاركه الآخر لان لكل واحد ان يبرئ الغريم من حقه بدون الآخر ويهبه ويصالح منه
على شيء فمتى ابراه برئ وبقي حق الآخر فاذا استوفاه لم يشاركه الذي وهب او صالح وفيه نظر لمنع الملازمة
ولان متعلق الشركة بينهما هو العين وقد ذهبت ولم يبق لهما الا دين في ذمته فاذا اخذ احدهما نصيبه
لم يكن قد اخذ عينا من اعيان الشركة فلا يشاركه الآخر فيما اخذ ولان ما في الذمة لا يتعين الا بقبض
المالك او وكيله والمشارع ليس كذلك لان موضع النزاع ما اذا لم يقبض لشريكه بالوكالة ولانه ان
وجب الاداء بالمطالبة بحصة وجب ان لا يكون للشريك فيه حق لكن المقدم حق بالاتفاق فالتالي مثله
بيان الملازمة ان وجوب الاداء بالمطالبة بحصة الشريك مع التمكن من تسليمها لاستحالة التكليف بالممتنع
فاذا ثبت تمكنه من دفعها على انها للشريك ودفعها كذلك امتنع ان يكون للشريك الآخر فيها حق ولانه
لو كان للشريك في المدفوع حق لزم وجه قبيح وهو تسلط الشخص على تصرف مال الغير بغير اذن ولانه
لو كان كذلك لوجب ان يبرأ الغريم من مقدار حقه من المدفوع لاستحالة بقاء الدين في الذمة مع صحة
تصرفه وقبضه لكن التالي باطل عندهم لانهم يحكمون بكونه مخيرا في الاخذ ايهما شاء ولانه لو منعناه الشريك
عن قبض حقه فان تمكن من المطالبة بحصته وجب ان لا يكون للشريك فيها حق والا امتنع اخذ حصته بمنع الشريك
اياه من قبض حق الشريك ولان المدفوع اما ان يكون مالا مشتركا او لا فان كان مشتركا وجب على
تقدير تلفه ان يتلف منهما كسائر اموال الشركة ويبرأ ذمة الغريم منهما والا لم يكن للشريك فيه ولا يخفى ان
بعض هذه الوجوه في غاية الضعف والمناقض الروايات لا تنقاوم مع انها قابلة للتاويل مختار ابن
ادريس قوي متين كما اعترف به المقدم في المختلف وان كان الوقوف مع المشهور اولى اذا عرفت ذلك
فاعلم انه لو اراد الشريك اخذ حقه فقط بحيث لا يتطرق اليه النزاع فانه يبيع حصته من الدين بقدرها
من العين او غيرها او يتفق مع مراعاة السلامة من الربا كما يبيع حصته من العين مع الشيوع بثمن
يختص به وكذا لو صالح او وهب ما ثبت وعوض عن هبته او احاله بها او دفع او ضمن ضامن
لاحد الشريكين فضمنه وجب ان يصح الضمان لعموم الدلائل الشاملة له فيختص باخذ المال المضمون
من الضامن وهذا احد دلائل التمكن من اخذ الحصة منفردة عن الاخرى ب على قولهم لو قبض الشريك
حصته تخير شريكه في مطالبته بحصته منه ومطالبة الغريم بكمال الحق فعلى هذا لو اشترى به شيئا وقف
البيع على الاجازة بمقدار حقه ج لو احال الغير على المديون بحصته صح بشروط الحواله ويكون المحتال شريكا
د لو اشترى بحصته من الدين ثوبا مثلا فقد قال بعض الاصحاب ان للآخر ابطال الشراء وليس بشيء
لانه ليس بابلغ من الشراء بحصته من العين المشتركة ه لو اجل احد الشريكين حصته باشتراط ذلك

فقد

في عقد لازم ويكون جائزاً قطعاً فإن قبض الشريك بعد ذلك لم يرجع شريكه عليه بشيء لأنه لا يستحق
شيئاً الآن وتمكّنه من تأجيله يقتضي جواز قبض الحصة منفردة لاستلزامه تميز حصته عن
حصة الآخر فلو امتنع ذلك امتنع التقسيم قوله تعدد المشتري مع اتحاد الصفقة لا يمنع الاشتراك
في الثمن لثبوت مقابلة جميع الثمن لجميع المبيع واستواء نسبة الملاك الى الابعاض قوله اما لو تعددت
الصفقة فلا مشاركة وإن اتحد المشتري هذا اذا كان كل واحد من المبيعين غير مشترك اما مع اشتراكهما
فلا يستقيم ذلك وحيث كان مدار الشركة على بيع المالين صفقة فلا حاجة الى ذكر الشريكين في
المسئلة السابقة لان بيع غير الشريكين صفقة موجب للشركة قوله ولو تساوى المالان وأذن أحدهما
في العمل للآخر على أن يتساويا في الربح فهو بضاعة وذلك لان تخصيص الشريك المبعوث بالتجارة في يد
الوكيل قال في الصحاح البضاعة طائفة من مالك تبعثها للتجارة تقول ابضعته واستبضعته اي جعلته
بضاعة وفي المثل كمستبضع تمر الى هجر وذلك لان هجر معدن التمر قوله لو دفع الى آخر دابة ليحمل عليها
والحاصل لهما فالشركة باطلة المراد ليحمل عليها مال الغير بالاجرة فالمراد حينئذ بالحاصل الاجرة اذ لو اراد به حمل
ماله لكان دفعاً للدابة اليه على قصد الاجارة فلا يستحق العامل اجراً ولا يعقل فيه معنى الشركة وبطلان
هذه الشركة قد علم مما سبق لان ما عدا شركة العنان عندنا باطل قوله فإن كان من قصد آجر الدابة فالاجر
لمالكها وعليه اجرة مثل العامل فإن قصر الحاصل عنهما تحاصّا إن كان بسؤال العامل وإلا فالجميع حيث
ان الشركة المذكورة باطلة فالحال لا يخلو من ان يكون العامل قد آجر عين الدابة او لا فإن آجرها
فلا ريب ان الاجرة للمالك لانها عوض منفعة ماله وعليه للعامل اجرة المثل لانه بذل عمله في مقابل
الحصة من الحاصل لاعتقاده حصولها وقد فاتت بفساد الشركة فوجبت اجرة مثله اذ لم يتبرع بعمله
ثم ان وفى الحاصل وهو ما آجر به الدابة باجرة مثله واجرة مثل الدابة دفع اليه المالك اجرة مثله
واختص بالباقي وان زاد على اجرة مثل الدابة وهذا القسم لم يذكره المصنف لظهوره وإن قصر الحاصل عن
الاجرتين وهو الذي اراده المصنف بقوله وإن قصر الحاصل عنهما وإن لم يجر لاجرة مثل الدابة ذكر استغناءً
بدلالة ذكر اجرة العامل عليها او ان الضمير يعود الى العامل والدابة ومعلوم ان قصور الحاصل
عنهما انما يكون بعد التقسيط عليهما والتقسيط انما يكون باعتبار اجرة المثل كما قد علم مراراً تحاصّا
ان كان الدفع على هذا الوجه بسؤال العامل لانه قد رضي بان يكون له حصة من الحاصل وإن نقصت
عن اجرة مثله وإن لم يكن ذلك بسؤال العامل بل بسؤال المالك فالواجب جميع اجرة مثله وإن زادت
على الحاصل ويندرج في قوله ان كان بسؤال العامل ما اذا كان بسؤالهما لانه بسؤال العامل ايضاً وفي

فروع آلوفي ٤ س

وهجر محركة د باليمن واسم لجميع ارض البحرين ومنه المثل كمستبضع تمر الى هجر قاموس

الفرق نظراً لان الغرض حصول الرضا بذلك سواء كان بسؤاله او بسؤال المالك وبسؤالهما فتستوي
المسئلتان في التحاص واحتمل شيخنا الشهيد في بعض حواشيه وجوب اقل الامرين من الحصة
المشروطة والحاصلة بالتحاص لانه اذا كانت المشروطة اقل فلانه قد رضي بالاقل فلا يستحق الزائد
واما اذا كان الحاصل بالتحاص اقل فلمعارضته حق المالك ولا ترجيح واحتمل ايضاً وجوب الاقل
ان كان بسؤال العامل لانه الزم نفسه بذلك بسؤاله ووجوب الاكثر ان كان بسؤال المالك لانه ان كان
الاكثر المشروط فقد رضي به المالك وان كان هو الحاصل بالتحاص فلفساد الشرط والحق ان هذا كله
بعيد عن التحقيق لان مدار الاستحقاق انما هو على ان المالك والعامل بذل المعين من الحاصل في مقابل
العمل فلم يكن العمل مبذولاً مجاناً وحيث فات المعين لفساد الشركة وجب الرجوع الى اجرة المثل كائنة
ما كانت ولا اثر لسؤال العامل ولا المالك وهذا هو قضية كلام الاصحاب وبه صرح في التذكرة ولما
الحاصل باجارة الدابة فقد قال الاول انه لمالكها اعتماداً على ان اجارتها باذن المالك وفيه نظر لان الاذن
ان كان هو الذي تضمنه عقد الشركة فقد يشكل بان العقد الفاسد كيف يعتبر ما تضمنه من الاذن وان
اريد غيره فليس في الكلام ما يشعر به فحينئذ فحقه ان يكون عقد الاجارة فضولياً يتوقف على الاجازة
ويتطرق ذلك الى ما اذا اجاز وليس بشيء لان الاذن في العمل اذا تضمنه العقد الفاسد وجب اجرة
المثل ومقتضى كلامهم في هذه المسائل كلها الاكتفاء بالاذن السابق وسيأتي مثله في الثامن حيث
ان القراض الفاسد يملك المالك فيه الربح كله اذا كان الشراء بالعين وللعامل اجرة المثل وان
تقبل حمل شيء فحمله عليها او حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فالاجرة والثمن له وعليه اجرة مثل الدابة هذا
هو الفرع الثاني وصورته ان لا يكون العامل قد آجر عين الدابة بل يكون قد تقبل حمل شيء في ذمته بان
آجر نفسه لحمل شيء في ذمته ولم يعين لحمله دابة مخصوصة فحمله عليها فان الاجرة المسماة له لانها في
مقابل عمل في ذمته وعليه لمالك الدابة اجرة مثلها بالغة ما بلغت وكذا لو حمل عليها شيئاً مباح الاصل
كالحطب اذا حازه بنية انه له او قلنا ان المباحات تملك بالحيازة ولا تحتاج الى النية فان ثمن هذا
له ان باعه لان العين ملكه وعليه لمالك الدابة اجرة المثل لاستيفاء منفعتها التي لم يبذلها المالك
مجاناً ولم يتعين لها عوض فوجبت اجرة المثل واعلم ان قوله فالاجرة والثمن له اراد بها الاجرة
فيما اذا تقبل حمل شيء في ذمته واراد بالثمن ما اخذه في مقابل المباح الذي باعه ولو حمل عليها ما لا
اخذه او ليعزم مجاناً او بعوض فاسد فعليه اجرة المثل ايضاً وانما ذكر المصنف حمل المباح ليبين انه يختص
به دون الشريك ولا يتمشى على اطلاقه لانه لو نوى بحيازته نفسه وشريكه وقلنا بان تملك المباح يتوقف

اي عدم استحقاق العامل في الصور المذكورة

كذا في م

فان اجاز فلا بحث وان فسخ هل يستحق اجرة يحتمل العدم لان ذلك العقد غير مأذون فيه والا لم يتوقف على الاجازة صح

اي العامل الاجرة بدون الاذن ١٢

على النية

على البيّنة كان المباح لهما وعلى العامل لنفسه اجرة مثل الدابة لذلك العمل وكذا للعامل على المالك نصف
اجرة مثله لذلك العمل فعلم ان اطلاق المصنف هنا مع تردده في ان المباح يشترط تملكه الحيازة لا يخلو على
ان في اصل هذا البناء كلاماً سيأتي تحقيقه ان شاء الله تعالى وهو ان التوكيل في تملك المباح لا يتوقف صحته
على اشتراطه اليه في تمليكه مع الحيازة او لو دفع دابة الى سقاء وآخر راوية على الشركة في الحاصل لم ينعقد
وكان الحاصل للسقاء وعليه اجرة الدابة والراوية تعرف هذه المسئلة بالمقدمة وهما اذا حمل على الدابة
شيئاً مباحاً فباعه فانما ذكرناه هناك آت هنا وفساد هذه الشركة قد علم غير مرة والسقاء ممدود والداة
هنا الدة مما ذكر ذلك في القاموس او ولو كان من واحد دكان ومن الآخر رحى ومن ثالث بغل
ومن رابع عمل فلا شركة ثم ان كان عقد اجرة الطحن من احدهم ولم يذكر اصحابه ولا نواهم فله الاجر اجمع
وعليه لاصحابه اجرة المثل فان كان من واحد دكان ومن الآخر رحي ومن ثالث بغل ومن رابع عمل
واشتركوا على ان الحاصل بينهم على نهج مخصوص فقد علم غير مرة فساد الشركة ثم انه اما ان يكون
عقد الاجارة على الطحن صادراً من واحد من الاربعة مع صاحب الطعام او يكون من الاربعة فان كان
من واحد منهم فاما ان يكون قد ذكر اصحابه في عقد الاجارة او قصدهم بقلبه او لم يذكرهم ولم يقصد هم
وان قصدنا لعقد من الاربعة فلا يخلو اما ان يكون صاحب الطعام قد استأجرهم لطحن الطعام المعلوم
او يكون قد استأجر الذ كان ذا البغل والرحى والعامل فهنا صور الاولى ان يقع العقد من الواحد
ولم يذكر اصحابه ولا نواهم بل الزم ذمته طحن الطعام المعلوم بكذا فان له الاجر المسمى اجمع لانه عوض العمل
الذي لزم ذمته وعليه اجرة المثل للذي استوفى منفعته من الاعيان المذكورة في طحن الطعام المذكورة
وهذا واضح او وان نوى اصحابه او ذكرهم كان لكل عقد مع كل واحد منهم منفرداً الصورة الثانية
ان يقع العقد من واحد ولكنه ذكر اصحابه لفظاً او نواهم وهذا لا يخلو من ان يكون قد الزم ذمتهم
طحن الطعام بحيث يلزمهم عليهم طحنه ارباعاً او يكون قد اجر الاعيان المذكورة لطحنه وحكم ذلك يعلم من العقود
اللتين يأتي ذكرهما قريباً ان شاء الله تعالى ولعل المصنف لم يتعرض لبيان حكم هذه اعتماداً على ظهوره
مما سيأتي وليس هنا شيء لا ان مجرد عقد الاجارة هل يقتضي لزوم العقد لو كان هو العامل اكتفاء
بالاذن الصادر في عقد الشركة ام لا بد من اجازتهم بعد ذلك وسبق توكيلهم اياه خارجاً عما تضمنه
عقد الشركة فيه كلام سبق ولو استأجر من الجميع فقال استأجرتكم لطحن هذا الطعام بكذا فالاجر بينهم
ارباعاً لان كل واحد منهم لزمه طحن ربعه بربع الاجر ويرجع كل واحد منهم على اصحابه بربع اجرة مثله
الصورة الثالثة ان يقع عقد الاجارة من الجميع بان يستأجرهم صاحب الطعام المعين لطحنه باجرة

لو اوقف نفسه للحمل على الدابة
سقاء انه يكون الاجر
وعليه للدابة اجرة المثل
[illegible]

فيها الماء م

رايت

على كل واحد م

معينه وليس المراد من قول المصنف فقال استاجرتكم ان هذا صيغة عقد الاجارة ليكون تجويز التقديم
القبول على الايجاب وانما هو تصوير للمسئلة وحينئذ فيكون الاجر بينهم ارباعاً لان كل واحد منهم
لزمه طحن ربع الطعام بربع الاجر فاذا طحن الطعام بالالات المذكورة وتولى العامل منفرداً بتبرع
ويكفي فيه الاعتماد على عقد الشركة المتضمن لارصادها للعمل الحقه كان لكل واحد منهم ان يرجع
على كل واحد من اصحابه بربع اجر مثل العمل الصادر لما عنه او عن دابته او الانتفاع بملكه والرحى
والدكان فيرجع العامل بثلثة ارباع اجرة مثل عمله في طحن ذلك الطعام لانه ربع عمله مر في طحن
الربع الذي لزمه طحنه وثلثة ارباعه في طحن ثلثة الارباع الباقية التي لزم طحنها اصحابه ولم يسم لعمله
ذلك شئ معين فوجبت اجرة المثل على ما ذكر فيرجع صاحب البغل بثلثة ارباع اجرة مثل طحن الطعام
المذكور بالنسبة الى عمل البغل وتقريبه ما ذكر وكذا القول في الدكان والرحى ولا فرق بين ان
يكون اجرة المثل لكل واحد من الاشياء بقدر ربع المسمى او زائداً او ناقصاً فلو كان المسمى عشرين
مثلاً كان لكل واحد خمسة ثم ان اجرة مثل العامل لو كانت اربعة رجع بثلثة دراهم على كل واحد
بدرهم وكذا القول في اجرة مثل البغل فلو كانت ستة رجع باربعة ونصف وعلى هذا [illegible] ولو كان
قد استاجرت هذا الدكان والبغل والرحى والرجل بكذا لتطحن كذا فالاجر بينهم على قدر اجر مثلهم لكل
واحد من الشركاء [illegible] يطحن ربع الطعام فيأذنه بربع المسمى واستعان على طحنه بالمنافع المملوكة لاصحابه
فلذلك كان له المسمى وعليه اجرة المثل لاصحابه بالنسبة الى ما استوفى من المنافع المملوكة وهنا جرى عقد
الاجارة على الاشياء المذكورة لطحن الطعام المعين فتدرج من اجارة عن اشياء في عقد واحد لعمل من
واحد لعمل معين فطريق تعيين كل واحد من تلك الاشياء من المسمى تقسيط المسمى على اجرة المثل لتلك
الاشياء باعتبار ذلك العمل كما لو جمع في عقد البيع بين بيع ملكه وملك غيره بثمن واحد مع رضى المالك
فانا نقسط الثمن على قيمة المالين ونعلم ان قيمة العمل اجرة مثله فحينئذ لو كانت اجرة مثل عمل ذلك
العامل الربع من اجرة مثل الجميع باعتبار ذلك العمل كان له ربع المسمى ولو كانت اجرة مثل البغل ثلث اجرة
مثل الجميع كان لمالكه ثلث المسمى وكذا اجرة مثل الرحى × لو كانت ثلث ارباع سدس كان لمالكها ثلثة
ارباع سدس المسمى ولمالك الدكان الباقي لا محالة وهو سدس وثلثة ارباع سدس لان اجرة مثله
من مجموع اجرة المثل للجميع هو ذلك والمخرج الجامع للجميع اربعة وعشرون فلو كان هو اجرة مثل الجميع
والمسمى ثمانية عشر مثلاً لكان للعامل اربعة ونصف ولمالك البغل ستة ولمالك الرحى اثنان وربع ولمالك
الدكان خمسة وربع ومجموع ذلك ثمانية عشر ومثلها انه في الشركة قال في هذه المسئلة ينوزع المسمى عليهم

على كل واحد

من المسمى بقدر [illegible] حصته بهذه من الصورة
الرابعة والفرق بينها وبين الثالثة
ان في الثالثة قد تقبل كل واحد صح

ويكون

ويكون التراجع بينهم على ما سبق ولا شك ان الحكم بالتراجع هنا غلط لان الاجارة انما وقعت على عمل ان
هذه الاشياء لم يحصل التراجع لو صاد او احتطب واحتش واحاز بنية ان له ولغيره لم توثر تلك
النية وكان باجمعه له ينبغي ان يبنى ذلك على ما اذا لم يكن وكيلا للغير على النية يجب ان يكون تملكه
فقط مع قصد التملك بالحيازة له ولغيره اذا كان وكيلا للغير في تملك المباح على الاشكال فلا يستقيم
الجزم بعدم تملك الغير الا اذا لم يكن وكيلا ثم بعد بكون المجموع له مع النية المذكورة لا يستقيم الا على
القول بان المباح يملك بمجرد الحيازة ولا عبرة بالنية واعلم ان احاز الواقع في العبارة بمعنى حاز الا
ان حاز بمعنى احاز لم اجده في كلام ائمة اللغة وهل يفتقر المجيز في تملك المباح الى نية التملك اشكال
ينشا من ان اليد والسلطنة سبب في الملك ولهذا تجوز الشهادة بمجرد اليد من دون توقف على امر
آخر ولان الحيازة سبب لحصول الملك في المباح في الجملة قطعا بالاتفاق لان اقصى ما يقول المشترطون
للنية انها سبب ناقص لحصول الملك بها في الجملة امر محقق واشتراط النية لا دليل عليه فينتفي بالاصل
فان قيل الاصل عدم حصول الملك الا بالنية لان الاصل في المباح عدم الملك فيستصحب الى ان يحصل
الناقل قلنا الاصلان تعارضا فتساقطا وتبقى سببية اليد غير معارض ومما يؤيد ذلك قول
الاصحاب ان ما يوجد في جوف السمكة مما يكون في البحر ملك للمشتري ولا يجب دفعه الى الصياد ولا تعريفه
اياه ولو كانت الحيازة كافية في التملك لوجب دفعه اليه وفيه نظر لانا لا نسلم ان ما في بطن السمكة
مما لا يعد جزءا لها ولا كالجزء مثل غذائها مما يعد محوزا بحيازتها فلو سلم فاقصى ما يلزم اشتراطه اما القصد
الى المحوز او نية التملك فلا وثانيا لا اولا انه لو اشترطت النية في حصول الملك لم يصح البيع قبلها
لانتفاء الملك والتالي معلوم البطلان لاطباق الناس على فعله في كل عصر من غير توقف على العلم بحصول
النية حتى لو تنازعا في كون العقد الواقع بينهما هو بيع ام استنقاذ لعدم نية التملك لا يلتفت الى
قول من يدعي الاستنقاذ قال الشارح الفاضل انه اورد ذلك على والده المص فاجاب عنه بان ارادة
البيع تستلزم نية التملك وهذا الجواب انما يتم بنحو غاصب وتولى البيع بنفسه او تولاه وارثه الذي لا يعلم
بالحال او وكيله المفوض في جميع اموره بحيث يتصرف في بيع ما حازه من المباحات بالوكالة العامة لم
يندفع السؤال ويرد عليه ايضا ان حيازة الصبي والمجنون على ما ذكر يجب ان لا يثمر الملك
جزما لعدم العلم بالنية وعدم الاعتداد باخبارهما خصوصا المجنون ولو خلف ميت تركة فيها
ما علم سبق كونه مباح الاصل ولم يعلم نية تملكه لا يجب على الوارث تسليمه في الدين والوصية والا
صح عدم اشتراطها واعلم ان البحث عن هذه المسئلة في كتاب الشركة انما ساق اليه الكلام في مسئلة

فانه بنا على ما ذكره من الاشكال في توقف تملك المباح م

بالحيازة او الشعور به ولو تبعا م

الاستنقاذ ودعوى عدم الملك يكون عوضا

السقا اذا حاز الماء بقصد الشركة وكذا الكلام فيما لو صاد او احتطب بنية انه له ولغيره فانه اذا سبق التوكيل منا لغير صح وثبتت الشركة في المحوز على القول بان تملك المباح يحتاج مع الحيازة الى النية وعلى القول بالعدم فلا شركة والملك لمن اختص بالحيازة وستاتي هذه المسئلة ان شاء الله تعالى في الوكالة وفي هذا البناء نظر لانا وان لم نشترط النية فلا يلزم ثبوت الملك مطلقا بالحيازة اذ لا دليل على ان المباحات تملك بالحيازة على طريق القهر بحيث لو نوى ما يقتضي عدم الملك يثبت ملكه بغير اختياره قهرا كالارث ولم لا يجوز ان يقال انه يملك بالحيازة ان نوى التملك او لم ينو شيئا وان نوى الضد انتفى الملك وهذا اصح فان من حول ترابا او حجرا عن طريق ونحوه مريدا التمكن من عبوره او قطع غصن شجرة مباحة ونحوها عن ممره الذي يطلب سلوكه لا يدخل ذلك في ملكه ولا يمنع من اخذه آخذ ولا يخرج عن اصل الاباحة فحينئذ اذا نوى نفسه ونوى موكله فتحصل المانع من تملكه بالحيازة في النفس وحينئذ […] يد الوكيل يد الموكل يثبت الملك للموكل ولا يتوقف ذلك على الحكم بتوقف تملك المباحات على النية […] فالايجاب قوله شاركتك وضاربتك وعاملتك قال في التذكرة لا يختص الايجاب لفظا لو قال […] واتجر به على ان الربح بيننا متساويا او متفاوتا جاز وما ذكره حق لان هذا عقد جائز فيكفي فيه كل لفظ دال على المعاملة المطلوبة نعم لا بد من اللفظ لان الافعال لا دلالة لها بالوجه المخصوص المعتبر في المعاملات من الامور الباطنة التي لا يطلع عليها الا الله مجازا والقبول قبلت وشبهه من الالفاظ الدالة على الرضا قال في التذكرة وهل يعتبر اللفظ الاقرب العدم فلو قال خذ هذه الدراهم واتجر بها على ان الربح بيننا على كذا فاخذها واتجر فالاقرب الاكتفاء به في صحة العقد كالوكالة وما قربه هو المختار لان العقد الجائز من الطرفين يكفي في قبوله ما دل على الرضا بالايجاب والاخذ عقيبه دال على ذلك وليس هو كالعقد اللازم لان الحكم بلزومه متوقف على حصول السبب المعتبر شرعا وهو اللفظ المعين نعم قال في التذكرة لا بد من القبول على التواصل المعتبر في سائر العقود وفيه نظر لان ذلك معتبر في العقود اللازمة خاصة دون الجائزة من الطرفين وسيأتي التصريح بذلك في الوكالة ان شاء الله تعالى ثم ما علم انه يشترط لصحة العقد التنجيز فلو علقه بشرط كدخول الدار او صفة كطلوع الشمس لم يصح وبه صرح في التذكرة لانتفاء الجزم المعتبر في العقود وهو عقد قابل للشروط الصحيحة لا منافية لهذا العقد في ذلك عقد قابل لذلك […] وان عين وجهه بلا كان لا يسافر الا بحرا او لا يبيع الا على رجل معين خلافا للشافعي ومالك ووجه الصحة عموم الدلايل والتضييق غير مانع كالوكالة […] ولو شرط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد مثل ان يشترط ضمان المال

المطلب الثاني في […] التراضي وفصوله […] في اركانه وهي […] العقد فالايجاب […]

اوسماني الحيوان ح وجه البطلان ان هذه شروط باطلة لما انها تقتضي العقد شرعاً فيبطل
العقد بها لان التراضي المعتبر فيه حينئذ لم يقع الا على وجه فاسد فيكون باطلاً ويحتمل ضعيفاً
صحة العقد وبطلان الشرط لان بطلان احدى المتنافيين لا يقتضي بطلان الآخر وجوابه
ان التراضي في العقد شرط ولم يحصل الا على الوجه الفاسد فيكون غير معتبر فيفوت شرط
الصحة م ولو شرط توقيت المضاربة والعقد صحيح لكن ليس للعامل التصرف بعده قد سبق
تحقيقه في الشركة وانما كان العقد صحيحاً مع الشرط المذكور لانه لم ينافِ مقتضاه اذ ليس مقتضاه
الاطلاق بخلاف عدم الضمان بدون التفريط م ولو شرط على العامل المضاربة في مال آخر
او يأخذ منه بضاعة او قرضاً او يخدمه في شيء بعينه فالوجه صحة الشرط ح ووجه الصحة
عموم قوله اوفوا بالعقود وقوله ع المؤمنون عند شروطهم وليس الشرط محرماً ولا منافياً
لمقتضى العقد وقال الشيخ في المبسوط اذا دفع اليه الفاً قراضاً على ان يدفع اليه الفاً بضاعة
بطل الشرط لان العامل في المضاربة لا يعمل عملاً مجاناً فينقص من حصته العامل قدر ما يذيل
فيه للعمل البضاعة وهو مجهول ثم قال ولو قلنا القراض صحيح والشرط جايز لكنه لا يلزم الوفاء به
لان البضاعة لا يلزم القيام بها كان قوياً وعدم ابنا لنيايج بفساد القراض والشرط اذا عرفت
ذلك فاعلم ان المص وجماعة صرحوا بصحة القراض والشرط وصرح في التحرير بانه لا يلزم الوفاء به
وهو حسن فان العقد جائز من الطرفين لكن لم يذكروا حكم ما اذا عمل العامل ولم يفِ بالشرط وظهر
ربح والذي يقتضيه النظر ان للمالك الفسخ لفوات ما جرى عليه التراضي فيكون للعامل اجرة
المثل وللمالك الربح كله وقول المص ولو شرط على العامل المضاربة في مال آخر المراد به مضاربة
المالك للعامل بحيث يدفع اليه المالك مالاً آخر للمضاربة وكذا قوله او يأخذ منه بضاعة وقوله
او يخدمه في شيء بعينه وعبارة المبسوط صريحة في ذلك الا انه لو شرط ذلك من طرف العامل
على المالك فالحكم كما هنا بغير تفاوت الا ان الفسخ هنا بعد العمل اذا لم يحصل الوفاء بالشرط يكون
للعامل لانه انما رضي بالحصة القليلة مع هذا الشرط وجواز التصرف احترز به عن السفيه
والمفلس والعبد م ويجوز تعدد هما واتحادهما وتعدد احدهما خاصة ح المراد تعدد المالك
والعامل فيتعدد احدهما بتعدد المالك والعامل فاذا تعدد العامل اشترط تعيين الحصة
لكل منهما ولا يجب تفصيلها بل يجوز ان يجعل النصف لهما فيحكم بالنصف لهما معاً بالسوية لاقتضاء
الاطلاق ذلك وما له عدم التفصيل وبه صرح في التذكرة وان فاوت بينهما صح عند نا واشترط

لم يلزم الشرط ص

الابضاع ابضعت فلاناً اعطيته بضاعة ١٢

نحو جعل ولا فرق فيها بين الربح واو ابطل الشرط بطل القراض لان فسط العامل يكون مجهولاً لان المالك انما جعل له النصف شرط ان يعمل له عملاً ص

الرابح العامل من مال المالك بضاعة ١٢

الثالث المتعاقدان ويشترط فيهما البلوغ والعقل ح مس

التعيين تطلبا وان تعدد المالك فان استويا في الحصة للعامل صح ولم يشترط قدر كل منهما وان
تفاوتا وجب تعيين الحصة من كل منهما ومعرفة مال كل واحد للجهالة بدونه وان يكون
الدافع ربا للمال او مأذونا له لان غيرهما ممنوع من التصرف وهذا العقد قابل للاستنابة لجواز
التوكيل فيه فلو ضارب العامل باذن المالك صح وكان وكيلا فان شرط لنفسه شيئا من الربح
لم يصح لانه لا مال له ولا عمل ان قيل مضاربته آخذا بالاذن الحصة المشروطة له عمل فيستحق لذلك
قلنا ليس هو من اعمال المضاربة لان اعمالها التجارة بالمال لا المعاملة عليه وان ضارب بغير اذنه
بطل الثاني لم اجد التصريح بكون العقد هنا فضوليا يقف على الاجازة فيصح معها الا انه متجه
لان العقد اللازم اذا لم يقع باطلا لكونه فضوليا فالجائز اولى فان لم يربح ولا تلف منه شيء
رده على المالك ولا شيء له ولا عليه كما يجب رده على العامل الثاني كذا يجب على العامل الاول للعدوان
بالتسليم ولا علم له ببيت ما اخذت حتى تودي والمالك بالخيار في مطالبة كل منهما بالرد وان تلف في
يده طالب المالك من شاء منهما فان طالب الاول رجع على الثاني مع علمه لاستقرار التلف في يده وكونه
غاصبا حيث انه استقل باثبات اليد على مال الغير وان مع علمه بالحال وكذا مع عدم علمه على
اشكال فيه ايضا من استقرار التلف في يده ومن انه معذور حيث دخل على انه غير ضامن بالتلف بناء
على ان المال للعامل الاول فيكون قرار الضمان عليه لانه غار وقد دخل معه على عدم الضمان
بالتلف ومقتضى الاخير والاشكال متوجه جدا وقد سبق في الغصب جزم المصنف بان من ترتبت يده على يد
الغاصب ولم يكن في الصورة بالضمان كالمرتهن يكون قرار الضمان مع التلف على الاول وهو الغاصب
لا بغا العامل الاول ليس بغاصب ولا يده يد عدوان وانما تعدى بالتسليم بدون اذن المالك لانا نقول
الحكم في الموضعين على الدافع لانه دخل معه على ان التلف بغير تفريط يكون منه لان ذلك حكم المضاربة
فيجب الوفاء به ولا ريب ان الجاهل بالغصب ولي بعدم استقرار الضمان من المقدم على العدوان وان
طالب الثاني رجع على الاول مع جهله على اشكال فيه ايضا كما ذكرناه والاصح الرجوع لما بيناه لا مع
علمه لانه غاصب وقد استقر التلف في يده فيكون قرار الضمان عليه وان ربح فللمالك حاصه
وفي رجوع الثاني على الاول باجرة المثل احتمال ووجه الاحتمال انه لم يتبرع بالعمل لانه انما عمل
في مقابل الحصة فحيث لم تسلم له وجبت اجرة المثل والعامل الاول هو الذي عامله فكان له مطالبته بها
ولو قيل انه ان كان الثاني عالما بالحال لم يستحق شيئا وان جهل فله اجرة المثل على الاول كان وجها سوق
العبارة يفهم منه ان الاحتمال المذكور سابقا آت على كل من تقديري علمه بالحال وجهله حيث اطلق

من الغرور اي وكذا يرجع الاول على الثاني مع عدم علمه بالحال على اشكال فيه ايضا صح

واحد وكذا دليلهما بل الوجه استحقاق مال المضاربة وقد تلف في يد العامل بغير تعدٍّ فقرار الضمان صح

٤١

اولاً و نصل ثانياً ولا شك في انه اذا كان عالماً بالحال لم يستحق شيئاً اجرة وقد صرح بذلك في التذكرة ويمكن ان لا يريد الاطلاق في الاول وان كان ظاهر اللفظ بل يكون مراده مجيء الاحتمال في صورة الجهل ووجه الاستحقاق ما سبق ووجه العدم ان العامل انما يستحق الحصة من الربح وعلى تقدير عدم حصوله لا يستحق شيئاً وهذا الربح في حكم المعدوم كما قال الشارح الفاضل وفيه نظر لان ذلك مع عدم حصول الربح اصلاً لا مع استحقاق شخص آخر له على ان هذا لو تم لكان حق العبارة ان لا يذكر العالم في قوله ولو قيل له الا ان يقال لو لم يذكره لاوهم الاستحقاق مطلقاً فلما يقيد لدفع الوهم حصل خلل آخر ويحتمل عدم لزوم الشراء ان كان بالعين وان كان بالذمة احتمل اختصاص الثاني به والقسمة بينه وبين العامل الاول في النصف واختصاص المالك بالآخر ان كان الاول شرط على الثاني ان للمالك النصف والآخر بينهما هذا الاحتمال في مقابل الاطلاق قوله وان ربح فللمالك خاصة اذ ليس في الفقه ما يصلح ان يكون مقابلاً له سوله ومقابلته اياه تقتضي ان يكون حكمه بان الربح للمالك سابقاً مطلقاً سواء وقع الشراء بالعين او في الذمة وفي التحرير احتمال آخر يجيء انما يستقيم في التسهيل بان يا ربحه الغاصب اذا اشترى في الذمة وسلم المغصوب يقع للمالك لان العامل الثاني غاصب ان كان عالماً او لا فكالغاصب وهو القول القديم للشافعي اما على القول بان الربح في هذه الصورة يقع للغاصب فلا وجه لهذا اصلاً وان وقع الشراء بالعين فهو كشراء الفضولي ووجه هذا الاحتمال ان الشراء بالعين من حيث انه كشراء الفضولي وجب ان لا يكون لازماً لانا قد بينا ان يقع موقوفاً على الاجازة من المالك واما وجه الاحتمال الاول من الاحتمالين اللذين ذكرهما فيما اذا كان الشراء في الذمة فلان المشتري اذا كان في الذمة ولم يذكر المشتري احداً يقع له فيستحق الربح كله ووجه الثاني في كلام المصنف انه اشترى للمضاربة فوجب ان يقع الشراء لها على حكمها فيكون للمالك النصف والنصف الآخر بين العامل الاول والثاني اذا شرط الاول على الثاني ذلك الا ان في هذا مناقشتين احديهما ان المتبادر من العبارة ان الاحتمالين المذكورين متعلقهما واحد وليس كذلك لان الثاني متعلقه ما اذا علم العامل الثاني بالحال وجهل لشرط علم كذلك وفرض المسئلة اعم الثانية ان المصنف قد اسلفنا ان العامل الاول اذا شرط لنفسه شيئاً من الربح لا يستحق شيئاً لانه لا مال له ولا عمل وجزم بذلك فكيف يتوجه هذا الاحتمال ويجاب عن هذا بان الجزم بالحكم لا ينافي احتمال مقابله او ان ما ذكر سابقاً مبنياً على ان الشراء بعين المال لان وضع المضاربة على ذلك وما هنا على فرض كون الشراء في الذمة ولو سكت عن قوله ان كان الاول شرط على الثاني ان للمالك النصف لكان اولى ويكون هذا هو ما بناه البحث في

فكان م

اصلا م

[illegible]

في الذمة وسواء نوى بالشراء نفسه او المالك او العامل الاول وقد اطلق العبارة بكونه للمالك كما اطلق هنا وذكره م

المبسوط على ان ربح الغاصب كله لرب المال لعلة بان المالك دخل على ان له النصف فلا يستحق اكثر مما شرط لنفسه بخلاف الغاصب لان رب المال لم يشرط لنفسه اخذ النصف فقط فيكون النصف الآخر بين العامل الاول والثاني نصفين ان كانت المضاربة بينهما بالنصف والا فعلى حكم ما اشترط لان الشرط انما جرى على الربح الحاصل ولم يحصل الا النصف الآخر لاستحقاق المالك اياه كانه لم يحصل لكن على هذا هل يستحق العامل الثاني على الاول نصف اجرة المثل مع جهله بالحال يحتمل ذلك لانه دخل على ان نصف جميع الربح مثلا له وقد فات نصفه فيجب نصف اجرة المثل ويحتمل العدم لان النصف المصروف الى المالك بمنزلة المعدوم اذا تقرر هذا فاعلم انما ذكره على كلام الاحتمالات لا يجري على اصولنا لان الحكم بان ربح ما اشتراه الغاصب دون المالك ليس مذهبا لنا وان استحقاق العامل الاول مع انه لا مال له ولا عمل كذلك والتحقيق ان نقول اما ان يكون الشراء بالعين او في الذمة فان كان بالعين ووقف على اجازة المالك فان اجاز فالربح كله له لوقوع البيع حينئذ له وللعامل الثاني على الاول اجرة المثل مع جهله وان كان في الذمة فان لم ينو احدا وقع الشراء له وضمان المال عليه لتعديه لمخالفته مقتضى المضاربة وان صرح بالمالك وقف على اجازته كالعين وكذا لو نواه على احتمال قريب لان العقود تابعة للقصود وان صرح بالعامل الاول وقع له بالاذن سابقا او بالاجازة مع عدمه وكذا لو نواه على احتمال فيقع الربح له وعليه الاجرة للثاني مع جهله ان لم يتعد مقتضى المضاربة لان التعدي يتاوي المال حينئذ مضمونا عليه فيكون القراد مع التلف ولو شرط المريض للعامل ما يزيد على اجرة المثل لم يحسب الزايد من الثلث اذ المقيد بالثلث التفويت وليس حاصلا هنا لانتفاء الربح حينئذ المراد ان المريض مرض الموت لو عامل على شيء من ماله مضاربة وشرط للعامل ما يكون حاصله ازيد من اجرة المثل لعمله صحت المضاربة والشرط ولم يحسب الزايد من المشروط على اجرة المثل من الثلث المستثنى للمريض التصرف فيه بل يكون ذلك ماضيا بكل حال وذلك لان المحسوب من الثلث من التبرعات والمقيد جوازه بكونه ثلثا فما دون من التصرفات انما هو التصرف المتضمن لتفويت شيء من مال المريض وذلك منتف هنا لان الربح امر معدوم متوهم الحصول ليس مالا للمريض واذا حصل بسعي العامل بعد المعاملة حدث النماء المشروط منه على ملكه فلم يكن للمريض ولا للورثة فيه استحقاق ليعتبر كونه من الثلث وهل المساقات كذلك اشكال ينشأ من كون النخلة تثمر بنفسها فهي كالحاصل بخلاف الدراهم فانها لا تربح بنفسها بدون استرباح ومن انه لم يتلف من تركته شيئا لان الثمرة ليست مالا حال المعاملة واذا حدثت

على ملك العامل والمريض فلم يكن المشروط مالاً للمريض وهذا اقوى والفرق بين هذا والذي
قبله بان النخلة تثمر بنفسها ضعيف اما اولاً فلان لسعي العامل اثراً بيّناً في ذلك بل ربما لا يحصل
بعضه بدون العمل واما ثانياً فلان المتوقع حصوله لا يعتبر مالاً ولا يجب تفويته على احد
من غاصب ومريض وغيرهما فان المريض لو وهب نخلة او اتلفه لم يجب عليه الثمرة قطعاً وان
كان قد قرب زمان ظهورها جداً مع انه لو تركها لاثمرت عادة وكذا الغاصب وليس الشارح فيه
بنا يدل على ذلك فانه احدث مانع من حدوث الثمرة بتمامها على ملكه واذا فسد القراض بفوات
شرط نفذت التصرفات وكان الربح باجمعه للمالك وعليه للعامل اجرة المثل اما نفوذ التصرفات
لاذن المالك فيها الذي في العقد الفاسد خصوصاً لما ابعثنا في المضاربة ويأتي من الشارح
ما ينافي ذلك كله فبحث الوكالة في مسئلة بطلان الوكالة المعلقة فتأمل هذا يقتضي اعتبار الاذن
الواقع في العقد الفاسد الا اذا فسد بان شرط جميع الربح للمالك فلا يستحق اجرة لاشهاد
بنشأ من رضاه بالسعي مجاناً وقد صرح جماعة انه اذا فسد القراض كان الربح للمالك وللعامل
اجرة المثل ويضعف بان ذلك على تقدير ان لا يدخل بشرط انه لا عوض لعمله فاذا دخل على ذلك
كان متبرعاً وانما قلنا انه دخل على ذلك لان عوض القراض الصحيح منحصر في الحصة من الربح قطعاً
فاذا دخل على انه صحيح ولا حصة له فقد دخل على انه لا عوض لعمله فيكون متبرعاً وهو الاصح
ان يكون نقداً فلا يصح القراض بالعروض ولا بالنقرة ولا بالفلوس ولا بالدراهم المغشوشة
العروض بضم العين جمع عَرض بفتحها ساكن الوسط ومحرك وهو المتاع وكل شيء سوى النقدين
ذكر نحو ذلك في القاموس والنقرة بضم اوله القطعة المذابة من الذهب والفضة والمراد
بالنقد الدراهم والدنانير المضروبة المسكوكة وانما تصح بالدراهم المغشوشة اذا لم تكن
معلومة الصرف بين الناس فان علم صرفها وجرت في المعاملة جازت المضاربة عليها سواء كان
الغش قليلاً او كثيراً خلافاً لابي حنيفة وما عدا ذلك لا يصح المضاربة عليه باجماعنا واتفاق
اكثر العامة ولو مات المالك وبالمال متاع فاقره الوارث لم يصح المراد ان الوارث اقره على كونه
عاملاً بعقد مستأنف لا بالعقد الاول لامتناع اعتباره لان المالك الآن غير العاقد وقد انفسخ
العقد بموته لانه جائز من الطرفين وانما لم يصح اقراره بعقد مستأنف لفقد شرط رأس المال
فان الفرض انه ليس نقداً ولو دفع شبكة للصائد بحصة فالصيد للصائد وعليه اجرة الشبكة
هذا بناء على ان التوكيل في تملك المباح لا يتصور او ان العامل لم ينو بالتملك الا لنفسه فلو نوى

وهذا يقتضي اعتبار الاذن الواقع م

الثالث رأس المال وشرطه اربعة الاول ان يكون عينا

بل هو كالحصة المنوية لهما فان كان النصف فعليه
نصف اجرة مثل الصايد وعلى الصايد ولو كان
نصف اجرة الشبكة لصاحبها ولو كان الربع
الثلث وعليها ثلث الشبكة وثلثي اجرة
الصايد وعلى الصايد ثلثي اجرة
لصاحبها وعلى هذا القياس

بالاجازة الملك ولصاحب الشبكة وقلنا بحصول الملك بذلك كان لكل منهما الحصة المنوية له وعلى كل منهما للآخر اجرة مثل الصايد والشبكة بحسب ما اصابه من الملك ولا بد ان يكون معينا فلا يجوز على دين في الذمة قال في التذكرة لا نعلم فيه خلافا ولو قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين المال للمضاربة فالشراء لا يخفى بطلان القراض لوقوعه على الدين لانه وقع قبل العزل ثم ان الامر بالعزل لا يقتضي تعيين الدين فيكون باقيا في ذمة المديون والمعزول له فاذا اشترى للمضاربة بعين المال كان الشراء له لان المال ملكه وبطل القراض لا اشتراطه في الشراء بملكه وكذا ان اشترى للقراض في الذمة ودفع المال لان المأذون فيه هو الشراء للقراض ليستوفيه مال القراض وقد تقرر ان المال الذي نوى فيه له فاذا اشتري وقع الشراء له كذا قرره في التذكرة ولقائل ان يقول لم لا يكون الشراء فضوليا يتوقف على الاجازة لانه قد نواه والمقصود بالعقود ولو اقرضه الفا شهرا ثم هو بعده مضاربة لم يصح ولو قال له ضاربه شهرا ثم هو قرض صح المراد ان المضاربة لا تصح في الاول بل لا بد من تجديد عقد بعد الشهر وقبضه من يد المقترض لان القراض على هذا القرض قبل حصوله فلا يصح بهذه الصيغة اذ ليس بعين الآن وانما هو آيل الى ان يصير عينا ودينا بخلاف ما لو قال ضاربه شهرا ثم هو قرض فان المراد ان يتحول عقد مضاربة شهرا كما لا يخفى فان المضاربة تصح هنا لصدور العقد من اهله في محله مستوفيا للشروط لكنه المقصود هنا مال المضاربة واما مال القرض فالظاهر صحته في الصورتين اما في الاولى فلانه لا مانع منه الا ما يتخيل من ضميمة المضاربة الفاسدة اليه ولا اثر لها في ذلك لانها لم تقع على وجه الشرط واذا بطلت احدى المعاملتين لم يجب ان تبطل الاخرى واما في الثانية فلما عرفت من انه غير متصل بزمان العقد وفيه تردد والمص لم يتعرض لحكم القرض في التذكرة وانما ذكر حكم المضاربة فقط في الصورتين ولو قال خذ المال الذي على فلان واعمل به مضاربة لم يصح ما لم يجدد العقد بعد القبض صح القراض عندنا بناء العقد ولو كان وديعة او غصبا عند فلان صح اي لو كان المال الذي قارضه عليه عند فلان وديعة او غصبا صح القراض ان كان المال لا نكونه في يد الغير لا يمنع الصحة وثبوت الضمان في الغصب لا ينافي صحة القراض وان كان في الاصل امانة خلافا لبعض العامة لان الضمان قد يجامع القراض كما اذا تعدى العامل في مال المضاربة وكونه في الاصل امانة لا يمنع ثبوت الضمان بسبب التعدي وهل يمنع صحة القراض كون المال المغصوب غير مقدور على تسليمه وقت العقد بحيث اذا تجددت القدرة

وكذا ان اشترى في الذمة ح

ضارب م

وكذا لو قال بع هذه السلعة فاذا نض ثمنها فهو قراض منه نقدا ح

على السلام

على التسليم يحتاج الى تجديد العقد اطلاقا فالحق الصحة هنا وفي التذكرة يقتضي العدم وهو
محتمل قوله ولو كان قد تلف لم يصح اي لو كان المال الذي عند فلان وديعة او غصبا قد تلف وقت
العقد لم يصح العقد وان كان تلف الوديعة على وجه مضمون لفقد الشرط ولو تلف بعد العقد
قبل سعي العامل فيه فاخذ البدل حيث يجب على حكمه يحتمل ذلك فان ذهاب العين بعد صحة العقد
لا يقتضي البطلان لان بناء عقد المضاربة على ذهاب العين ولو غصب المال الغاصب فاتلفه فالحكم
ما ذكرناه قوله والاقرب زوال الضمان الذي ضمن بالعقد ويحتمل بقاؤه الى الاداء ثمنا عما يشتريه اي لو زوال ص
ضارب الغاصب بالمال الذي في يده فلا كلام في الصحة وهل يزول الضمان الاقرب عند المصنف ذلك
لزوال التعدي وانه بالاذن في اثبات اليد عليه وهو يقتضي زوال الضمان وفيه نظر لان علة الثبوت
لا يجب ان يكون انتفاؤها علة لزوال الحكم فان علل الشرع معرفات ولان مال القراض امانة فيجب زوال
الضمان لامتناع ثبوته مع وجود المنافي لكونه امانة وفيه نظر لان كونه امانة انما هو بمقتضى القراض من
حيث هو هو ولا يمتنع ثبوت الضمان بسبب آخر لاصالة عدم المنافاة ولان الضمان قد يجامعه وذلك
اذا تعدى العامل لا يقال العامل وكيل المالك في التصرف فيده يده والمال المضمون يستفاد ضمانه بوصوله
الى يد المالك لانا نقول ان القراض معنى الوكالة وليس وكالة وبين العامل فيه غرض محض للمالك وانما هي بل
مصلحتها عائدة الى نفسه وهو الغرض الاصلي وان تضمنت مصلحة المالك والاقرب بقاء الضمان
للاستصحاب حتى يحصل الناقل ولقوله عم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ثم باستمرار الضمان الى
الاداء ويستمر الضمان الى دفع المال الى البائع ثمنا لان الضمان متعلق بالمدفوع وقد خرج عن
الملك والمبيع ما تجدد على حكم الامانة ولا خلاف في هذا قوله ولو دفع اليه كيسين فقال قارضتك
على احدهما والآخر وديعة ولم يعين او قال قارضتك على ايهما شئت لم يصح لانتفاء التعيين الذي
هو شرط في القراض ولا فرق بين ان يكون كل من المالين الذي في الكيسين مساويا للآخر جنسا وقدرا
او لا خلافا لبعض الشافعية حيث حكم بالصحة مع التساوي واما المشاع فيصح القراض به لانه معين
وكذا الغائب عنهما وقت العقد وقد سبق مثله في المغصوب ولو لا تدرك البعد فظاهر اطلاقهم عدم
منافاة الصحة قوله ان يكون معلوما فلا يصح على المجهول قدره لان جهالته تقتضي جهالة الربح ولان
المسامحة في الربح لامتناع العلم بقدره قبل حصوله واغتفار هذا النوع من الغرر للضرورة لا يقتضي
المسامحة بالجهالة حال العقد ولانه ربما طرأ ما يمنع العلم بقدرها قوله وفي المشاهد اشكال فان
جوزناه فالقول قول العامل مع يمينه في قدره ينشأ الاشكال من تعدد العقد العلم بالمشاهدة وقت

والعقود اي تسمية دون قبول الشارع ولا فرق بين كان استعلامها بعد العقد وعدمه لان ذلك لا يرفع الجهالة ص

بالجهالة معها كما اكتفى الشيخ في المبسوط بالمشاهدة ونفاه في الخلاف وهو الاصح اقتصاراً على محل
الدليل ولا يخفى ان القول قول العامل مع يمينه لو اختلف هو ورب المال في قدره لانه منكر
سواء قلنا بالجواز مع المشاهدة ام لا فقول المصنف فان جوزناه لا يخلو من شيء قوله اي يكون مسلماً
في يد العامل فلو شرط المالك ان يكون يده عليه لم يصح لان ذلك خلاف وضع المضاربة وينظر
من عبارة المصنف في التذكرة جواز جعل مال القراض في يد المالك فانه قال الاقرب عندي انه لا يشترط
في القراض ان يكون مسلماً الى العامل بحيث يستقل به عليه وينفرد بالتصرف فيه عن المالك وغيره
فلو شرط المالك ان يكون الكيس في يده يوفي الثمن منه اذا اشترى العامل شيئاً جاز وهذا مخالف
لما هنا لانه منع الاستقلال باليد وجوز المشاركة وما ذكره في التذكرة يقتضي جواز استقلال
المالك باليد بانه خلاف وضع المضاربة موضع تأمل لانه ان اريد به وضع المضاربة مقتضى
العقد فلا نسلم ان العقد يقتضي ذلك لانه معاملة على المال بحصة من ربحه وهذا يتحقق مع كون
المال في يد المالك والعامل يتردد في الشراء والبيع وتوابعهما وان اريد بالوضع ان الغالب في العادات
ذلك لم يمنع ذلك من جواز المخالفة لان جريان العادة بذلك لكون الغالب امانة العامل فاذا انتفى
كونه غالباً لم يمنع امانة المالك منه لتوثق لماله فمع هذا فاول عبارة التذكرة يلوح منه ان العامل
لا بد له من يد في الجملة ولا ريب ان مراعاة كونه في يد العامل اولى وابعد من الريب قوله اما لو
شرط ان يكون مشاركاً في اليد او يراجعه في التصرف او يراجع مشرفه فالاقرب الجواز قوله وجه
القرب ان هذه شروط سائغة لا تخالف الكتاب والسنة فان توثق الانسان على ماله بحفظه في يده او
بيد من يثق به امر مطلوب وقد تدعو الضرورة الى الاستعانة بالخائن في المعاملات لحذقه فلو لم يشرع
هذا الشرط لزم تضرر المالك اما بتسليم ماله الى من لا يوثق به واما بترك التجارة وكلاهما ضرر ويحتمل
العدم لانه ربما لم يجد عند الحاجة او لم يساعده على رأيه فيفوت عليه التصرف والربح والقراض
اي لم يجد العامل المالك
موضوع تهيئاً وتوسيعاً لطريق التجارة ولذلك احتمل فيه ضرب من الجهالة فيصان عما يخل بالمقصود
وينتقض ذلك بما اذا عين المالك له نوعاً من التصرف فانه يجوز مع وجود المحذور فيه قوله ولو
شرط ان يعمل معه غلام المالك جاز لعموم المؤمنون عند شروطهم والمراد بالغلام هنا المملوك
سواء شرط له حصة من الربح ام لا لان المشروط على العامل الذي يقع الحصة من الربح من جملة
التجارة وتوابعها فلو قارضه على ان يشتري الحنطة ويطحنها ويخبزها والطعام ليطبخه والغزل
لينسجه والثوب ليقصره او يصبغه ونحو ذلك من الحرف والصنائع التي ليست تجارة ولا هي من

مرون العامل اذا عرف ذلك فاعلم ان الاحتجاج على عدم جواز استقلال المالك باليد صح

الرابع العمل وهو عوض الربح وشرطه ان يكون تجارة فلا يصح على الطبخ والخبز والحرف متن

ح لمالك اما الغلام الحاق فانه عامل مشروط فيه توابعها
بان شرط في العامل او شرط ان يعمل مع المالك
في صحته نظر وشرطه ان يكون تجارة
فلا يصح على الطبخ والخبز والحرف اي شرطا
صح عند الواضح ان يكون العمل ... صح

قوله لم يصح لان وضع القراض على الاسترباح بالتجارة لا بالصنعة والحرفة ولو فعل العامل هذه الاعمال من غير شرط صح ولا يخرج الدقيق ولا الخبز ولا المطبوخ ولا الثوب المنسوج او المقصور والمصبوغ عن كونه راس مال القراض والقراض بحاله كما لو سمن عبد القراض او تعلم صنعة قوله اما النقل والكيل والوزن ولواحق التجارة فانها تبع للتجارة والتجارة هي الاسترباح بالبيع والشراء لا بالحرف والصنايع فلو عقد القراض على ذلك وقع الموقع قوله واذا اذن في التصرف واطلق اقتضى الاطلاق ما يتولاه المالك من عرض القماش ونشره وطيه واحرازه وبيعه وقبض ثمنه وايداعه الصندوق واستيجار ما يعتاد الاستيجار له كالدلال والوزان والحمال ولو استاجر لما يجب عليه مباشرته فالاجرة عليه خاصة ولو عمل بنفسه ما يستاجر له عادة لم يستحق اجرة لما كان القراض

ارادبه وضع المتاع في الصندوق وسمى ذلك ايداعا تجوزا كما لو اودعت الارض [illegible]

معاملة على المال للاسترباح به بالتجارة كان اطلاق العقد مقتضيا لفعل ما يتولاه المالك في التجارة من عرض القماش على المشترين والداعين ونشره وطيه واحرازه وبيعه وقبض ثمنه وايداعه الصندوق ووزن ما خف كالذهب والمسك والعود ونحو ذلك وهذا النوع لو استاجر عليه كانت الاجرة عليه خاصة لان ذلك عليه فعله وتحصيله باي وجه كان اما ما جرت العادة بالاستيجار عليه كوزن الامتعة الثقيلة وحملها ونقل المتاع الثقيل الى الحانوت والنداء عليه فان له ان يستاجر عليه حملا للاطلاق على المعتاد ولو عمل هذا النوع بنفسه لم يستحق اجرة لانه متبرع في ذلك ولو عمل على قصد الاجرة ففي الاستحقاق نظر وينبغي ان قلنا ان الوكيل في البيع يجوز ان يبيع لنفسه والوكيل في الشراء يشتري من نفسه ان نقول بجواز استيجاره نفسه لذلك العمل هنا ولو اذن له المالك في ذلك فلا بحث اذا عرفت ذلك فاعلم ان قول المصنف واذا اذن في التصرف واطلق يتبادر منه انه لا بد من اذن المالك للعامل في التصرف وليس كذلك بل الاذن الذي تضمنه عقد القراض كاف وكانه اراد به ذلك وان كان ظاهر العبارة قد يوهم خلافه ولو قال ولو كان الاذن الذي تضمنه العقد مطلقا لاندفع هذا الايهام وكذا قوله واستيجار ما يعتاد الاستيجار له فيه تسامح وكان الاولى ان يقول كالاستيجار لما يعتاد الاستيجار له قوله ولو شرط عليه ما تضيق به التجارة بسببه لزم فان تعدى ضمن كما لو شرط ان لا يشتري الا ثوبا معينا او ثمرة بستان معين او لا يشتري الا من زيد ولا يبيع الا عليه وسواء كان وجود ما عينه عاما او نادرا لا خلاف في جواز هذه الشروط ولزومها عندنا واطلاق الاخبار الصحيحة يقتضي ذلك كصحيحة الحلبي عن الصادق ع وغيرها وخالف في ذلك الشافعي ومالك قوله ولو شرط الاجل لم يلزم قد سبقت هذه المسئلة وانما اعادها ليبني عليها قوله ولو قال ان مضت سنة فلا تشتر بعدها وبع صح وكذا العكس ووجه

[illegible]

الصحة انه اذا كان له المنع من البيع والشرا بعد السنة فله المنع من احدهما خاصة بطريق اولى وجه الصحة ولو
قال على ان لا املك منعك لم يصح لان القراض من العقود الجائزة من الطرفين لكل من المتعاقدين فسخه
فاذا شرط عدم التمكن من المنع فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد فكان فاسدا قوله ولو شرط ان
يشتري اصلا يشتركان في نمائه كالشجر او الغنم فالاقرب الفساد لان مقتضى القراض التصرف في راس
المال اه اي يحصل الربح بالتصرف وفوايد ما ذكر يحصل من عين المال لا من تصرف العامل ولان مقتضى
القراض الاسترباح بالتجارة وليس موضع النزاع كذلك فلا يصح القراض عليه وهو الاصح ويحتمل
ضعيفا الصحة لان ذلك يحصل بسعي العامل وهو شراه الشجر والغنم وذلك من جملة الاسترباح
بالتجارة وضعفه ظاهر لان الحاصل بالتجارة هو زيادة القيمة لما وقع عليه العقد لا نماؤه الحاصل
مع بقاء عين المال فعلى الفساد يصح الشراء بالاذن ويكون النماء الحاصل باجمعه للمالك لانه نماء ملكه وعليه
اجرة المثل للعامل قوله ان يكون مخصوصا بالمتعاقدين فلو شرط جزء منه لاجنبي فان كان عاملا صح والا
بطل اه المراد بالاجنبي غير المتعاقدين وانما لم يصح اذا لم يكن عاملا لانه خلاف وضع القراض لان
وضعه على ان الربح للمالك بماله وللعامل بعمله والمراد بكونه عاملا اشتراط شيء من العمل عليه في
مقابل الربح المشروط له ولا بد من تعيين العمل المشترط عليه وكونه من اعمال التجارة قوله ولو شرط
لغلامه حصة معهما صح سواء عمل الغلام او لا اه المراد بالغلام هنا العبد فان المشروط له شرط
لسيده في الحقيقة ومن ثم لم يشترط ان يعمل بخلاف الحر فانه لكون المشروط يقع له يشترط ان يكون
عاملا ولا فرق في ذلك بين كون الحصة المشروطة لغلام المالك او لغلام العامل لما قدمناه وعبارة
الكتاب تحتمل الامرين قوله ان يكون مشتركا فلو قال خذه قراضا على ان الربح لك او لي بطل لان مقتضى
القراض الاشتراك في الربح فاذا شرط خلاف مقتضاه بطل العقد ويكون قراضا فاسدا تجري
عليه احكامه وفي وجه للشافعية انه يصح قرضا في الصورة الاولى وبضاعة في الثانية نظرا الى
المعنى فعلى الاول الربح كله للمالك وعليه اجرة المثل للعامل في الصورة الاولى اجماعا دون
الثانية على الاصح كما تقدم والمال امانة في يده وعلى الثاني يكون الربح للعامل والمال مضمون
عليه في الصورة الاولى خاصة وينبغي ان يكون هذا اذا لم يقصد القرض فان قصده فقبل العامل
صح لان صحة القرض يكفي فيها اللفظ الدال على تمليك المال بالعوض فيترتب عليه حكمه ولو حكمنا
بالفساد لكان المال مضمونا ولم يملك الربح قوله اما لو قال خذه فاتجر به على ان الربح لك كان قرضا
ولو قال على ان الربح لي كان بضاعة بخلاف ما سبق والفرق التصريح بكونه قراضا في الاول دون

الخامس الربح وشروطه اربعة ا ان يكون في

ماهنا

ما هنا وينبغي ان يكون هذا الحكم اذا اطلق المال ولم يقصد شيئاً غير مقتضى اللفظ فان قصد القراض
فكما سبق ولو وقع النزاع بينه وبين العامل احتمل ترجيح جانب العامل عملاً بظاهر اللفظ قوله ولو — ج ان يكون معلوما فلو قال ج
قال على ان لك مثل ما شرط فلان لعامله ولم يعلما احدهما بطل المراد وجهلهما او احدهما سواء امكن
استعلامه بعد ذلك ام لا لفقد الشرط حال العقد فان قيل سيأتي ان شاء الله تعالى ان جهلهما بالـ
الحساب في المسائل الآتية لا يضر قلنا العقد يحتمل الشرط فلان لا يوثق باستعلام لامكان تعذر
الوصول اليه بموت او غيبة او نسيان بخلاف جهلهما بالحساب للقطع بامكان الاستعلام قوله ولو
قال على ان الربح بيننا فهو نصفين قوله لاصالة عدم التفاضل مع استواء نسبتهما الى السبب المقتضي
للاستحقاق وقد سبق مثله عن قرب وللشافعي وجه بالبطلان لان البينية تصدق مع التفاوت
وفيه نظر لان الكلام في حال الاطلاق ولا يخفى ان الذي يقتضيه الدليل ذلك كما لو اقر بان المال
بين هذين قوله وكذا لو قال على ان لي النصف اي هو نصفين فيصح وفيه نظر لان الشرط يحتمل كونه للمالك
فيكون العامل مسكوتاً عن نصيبه والاصح فيه البطلان على ما سيأتي ان شاء الله تعالى وتعليل ان المحتاج
الى الاشتراط هو حق العامل فيحمل الاطلاق عليه ضعيف لان الاحتياج الى تعيينه لا يكفي في كون
المذكور مختصاً به اذ استدعاء المقام له لا يدل على قصد المتعاقدين له قوله او على ان لك النصف ولي [illegible] سكت
عن حصته اي عن حصة نفسه اذ النماء تابع للمالك والربح كله حق له فاذا شرط بعضه للعامل بقي الباقي
له بحكم الاصل كما سبق قوله اما لو قال على ان النصف لي وسكت عن حصة العامل [illegible] لاشتماله ينبنا من
ثم ان المسكوت عنه للعامل نظراً الى العرف وتخصيص استحقاقه النصف بالذكر فهو مفهوم [illegible] دلالة المفهوم
ومنع استقرار العرف على ذلك ولا يكفي مثله لثبوت الشرط امثال هذه التوهمات والاصح البطلان قوله ولو — ولا يكفي م
قال على ان لك الثلث ولي النصف مثلاً وسكت عن السدس صح وكان للمالك لتعارض المفهومين
فيبقى اصل الاستحقاق بغير معارض قوله ولو قال خذه على الربع او الثلث صح وكان تعيين النصيب — مضاربة م
للعامل هذه هي المسألة التي سبقت نقلاً لكن غاية الغرض هنا فيه التعليل قوله ومعناه ان النصيب
المقدر منزل على انه للعامل لانه المحتاج الى تعيين نصيبه دون المالك لاستحقاقه بالاصل وقد
سبق ما يغني عن الاعادة والمتجه في الموضعين البطلان قوله ولو قال لك ثلث الربح وثلث ما بقي
صح وكان له خمسة اتساع لان معناه قوله وجهه انه لا بد من عدد له ثلث ولما يبقى منه بعد الثلث ثلث
وذلك مضروب ثلث في ثلث فثلثه ثلثه وثلث الباقي اثنان وذلك خمسة اتساع المجموع قوله ولو
قال لك ثلث الربح وربع ما بقي فله النصف وذلك لانه لا بد من عدد له ثلث ولما يبقى منه ربع

وهو ستة لان الباقي بعد الثلث اثنان انكسر في مخرج الربع وبينهما موافقة بالنصف فيضرب الوفق من الاربعة في الاصل يبلغ ذلك ولو قال لك السبع وربع ما بقي فله ثلثة اثمان ونصف ثمن وذلك لان ما يبقى بعد السبع وهو ثلثة انكسر في مخرج الربع ولا وفق فتضرب اربع في اربعة سواء عرفا الحساب او جهلاه لانه اجزاء معلومة اي العلم بها امر محقق الوجود واستشكل شيخنا الشهيد صحة ذلك بانتفا القصد لانتفا العلم واختلاف الاغراض باختلاف حاصل الحساب ولانه بمنزلة من لقن لفظة لا يعلمها وقد سبق في كتاب البيع فتوى المص ببطلان ما لو باعه بما يخفق واحداً اذا لم يعلماه بالجبر والمقابلة او غير ذلك من الطرق مع ان العلم به بالقوة محقق وتوهم كون ذلك مفروضاً فيما اذا تعذر الحاسب ونحوه ليس بشيء لان المذكور الوجود مع ان ما نقل هناك باقي بعينه هنا الا ان يفرق بان هذا العقد لكونه جائزاً يحتمل فيه ما لا يحتمل في غيره وفيه ما فيه ولا ان يكون مقدراً بالجنسية المراد بالجزئية المعلومة كما تقدم في المسائل فان على ان لك من الربح ما شئت انا لم يبق هنا للعامل لانه ربما لا يشاء الا ذلك القدر فيلزم ان يختص به احدهما وهو ما ينافي مقتضى العقد او على ان لك ربح هذه الالف ولي ربح الالف الاخرى لان ذلك خلاف وضع القراض لان كل منهما مال قراض ولا اشتراك في ربحه ولانه ربما اختصت احدى الالفين بالربح فيختص به احدهما وهذا الحكم على فرض المسألة واضح لا اشكال فيه اما اذا قال لك ربح الف ولي ربح الف فان كانا ممتزجين او قصدا الشيوع فانه يصح لان ذلك معناه تنصيف الربح وان شرطا تميزها فالبطلان كما سبق وكذا لو اراداه لفقد الشرط او تكنفيت لربح الا عشرة دراهم او غيرها ووجه البطلان عدم الوثوق بحصول ذلك القدر المعين سواء كان مستثنى ومضموماً ولمخالفة الشروط الباقية مقتضى القراض وكذا لو قال على ان لك نصفه والباقي بيننا اي وكذا لا يصح ذلك لعدم الوثوق بحصول المعين ويصح لو قال على ان لك ربح نصفه ونصف ربحه في بعض الحواشي المنسوبة الى شيخنا الشهيد ان بعض العامة فرق بين الصورتين فابطلها اذا شرط ربح النصف لامكان ان لا يربح الا النصف الذي يختص به العامل وربما ربح اكثر من النصف فلا تكون الحصة معلومة ورده بان الاشارة ليست الى نصف معين بل المبهم فاذا ربح احد النصفين فذلك الذي ربح هو المال والذي لم يربح لا اعتداد به وهذا حق ان لم يرد بربح نصفه ربح مجموع النصف الذي نصف كان اما اذا اريد هنا فيحتمل ان يبطل للمحذور السابق والعامل كالوكيل فتتقيد تصرفاته بالغبطة فليس له التصرف بالغبن ولا بالنسيئة بيعاً ولا شراء الا مع عموم الاذن كافعل ما شئت او مع خصوصه لما كان الغرض الاقصى من القراض تحصيل الربح

لا ما لو تعذر كالنصف والثلث ح

والى نصف او بالعكس م

او على ان لي ربح احد الثوبين او احدى السفرتين او ربح تجارة شهر كذا بطل

لو قال ... الصورتين ... العلم ... حاصل الصحيح والفرق

الفصل الثاني في الاحكام ومطالبه اربعة الاول العامل

والمنافية

والغاية وجب ان يكون تصرفا لعامل مقصورًا على ما يحصل هذه الغاية فيمنع من التصرف المودي

الى ما يضاد هذا الغرض ويجب مع ذلك رعاية الغبطة للمالك لان العامل كالوكيل فليس له التصرف

بالغبن بما لا يتغابن به الناس غالبًا بيعًا ولا شرآء لمنافاة ذلك المقصود القراض الاقصى وهو تحصيل

الربح غالبًا ولو فرض اشتمال التصرف بالغبن بما لا يتغابن به الناس غالبًا على الغبطة كما يتفق للتجار

في المعارضات فانهم اذا اشتروا ما للتاجر بزيادة ربما كان وسيلة الى رغبته في شراء ما عندهم بزياده

بحيث يحصل من احدى العرضين ثمنا للعوض الآخر فلا يجوز ظاهر اطلاق العبارة عدم الجواز وكان لتعدد

هذا الفرض وكذا ليس له ان يبيع نسيئه وان كان فيه ربح بل هو مظنة الربح لم يجز لما فيه من التعزير

بمال المالك ولو احتاط بالحفظ رهن او شرط اشهد على مال المشتري بثمن لا ينقص عن ثمن المبيع موجلا الى اجل

نفي الجواز احتمال وكذا ليس له ان يشتري نسيئة لانه ربما يتلف راس المال بغير تفريط فيبقى الثمن في ذمة

المالك وذلك ضرر ولان عقد القراض يقتضي الشرآء بالعين والنسيئة تنافي ذلك فلا يكون ماذونًا فيها

فان قيل المصنف جعل الشرآء بالنسيئة مما لا غبطة فيه مع ان الواقع خلافه قلنا قد بينا انه لا غبطة فيه

لاحتمال تلف المال وبقاء الثمن في الذمة فان قيل فكيف كان الشرآء نسيئة في الوكيل غبطة قلنا لانه ليس من

لوازم الوكالة في الشرآء تسليم المال وهذا الحكم انما هو مع اطلاق الاذن الذي تضمنه عقد القراض اما لو

عمم الاذن كما لو قال له اعمل برايك او بما رايت او كيف شئت فان له ان يفعل ذلك وكل ما يتناوله العموم

وقد عرفت سابقًا وجه الفرق بين العموم والاطلاق ولو خصص الاذن بشي تولاه وان كان خلاف

المصلحة اذا عرفت ذلك فاعلم ان قول المصنف العامل كالوكيل قد يستفيد تصرفه بالغبطة لا يراد

منه المساواة بينهما في ذلك مطلقا بل التصرف للعامل دائر مع الربح فيشتري المعيب مع حصول الربح

به ويبيع بالعرض كذلك وبغير نقد البلد مع الغبطة على اقرب الوجهين اذ لا يقصر عن العرض وهو

الذي مال اليه المصنف في التذكرة حيث قال في سياق ذلك وليس بعيدًا من الصواب اعتبار المصلحة وهذا

كله بخلاف حكم الوكيل واعلم ان قوله بيعًا او شرآء يميز للتصرف بالغبن وبالنسية اراد به التعميم

فان فعل لا معه وقف على الاجازة والاقرب انه يضمن القيمة لانه يفوت بالبيع اكثرهما ولا يتحفظ

بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها اي فان فعل العامل شيئا مما ذكر من التصرف

بالغبن او بالنسيئة لا مع الاذن فهو تصرف بغير اذن فيتوقف على الاجازة فلو حصل التلف فالاقرب

عند المصنف انه يضمن قيمة المتاع الذي باعه ووجه القرب ما ذكره وهو انه لم يفت بالبيع اكثرهما

ولو تركه لم يتحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن التي حصلت بالبيع المذكور حيث يكون زايدًا على القيمة

ثم اذن له في البيع نسيئة ودفع الارض او بدون

ثمن المثل ... او بعضه بدون

ولا يكون البيع كالا مع حصول الاذن والنسيئة

الى حصول ... فلا يسلم الا بعد

...

قبض الثمن ... عليه

غير صحته لانها حصلت بتفريطه بالبيع فلا تكون مضمونة ويحتمل ضمان الثمن كله لو وقوع البيع به واعلم
ان هذه المسئلة لم يذكر الممد موضوعها هل هو تلف العين او تلف الثمن بعد الاجازة او قبلها ولا
يخفى انه بعد التأمل الصادق لا يستقيم ما ذكره على كل واحد من التقديرات اما اذا قدرنا تلف العين
فلان التلف اما ان يكون قبل قبض المشتري او بعده والاول غير مراد لانه لا ضمان فيه مع عدم التفريط
لان مجرد العقد الفضولي لا يقتضي الضمان والثاني اما ان يكون التلف فيه مع الاجازة او بدونها
فمع الاجازة يصح البيع ويدخل الثمن في ملك المالك ويخرج العين عن ملكه فيكون تلفها من المشتري
فكيف يضمن العامل قيمتها ولا حق للمالك فيها ولا فرق بين وقوع الاجازة قبل التلف او بعده
ان قلنا ان الاجازة كاشفة بخلاف ما اذا قلنا انها جزء السبب فان البيع يبطل حينئذ فيكون الحكم كما في دة
عدم الاجازة ومع عدم الاجازة يبطل البيع ويختص حق المالك في العين فكيف يجيء احتمال الضمان الذي انما
التي يشتمل عليها الثمن وان قدرنا تلف الثمن مع الاجازة فلا بحث في انه المضمون وبدونها فلا
بحث في ضمان قيمة العين فلا يتوجه ما ذكره بحال والذي ذكره المص في التذكرة وارشد اليه تعليله
ان موضع المسئلة ما اذا تلفت العين او تعذر ردها وتعذر حصول الثمن واجاز المالك البيع
بناء على عدم بطلانه فاختار انه يضمن الثمن بعد الاجازة بانه ثبت بالبيع الصحيح وملكه صاحب السلعة
وقد فات بتفريط البايع وهذا التقدير الذي ذكرناه وان لم يصرح بجميعها في كلامه الا ان
تعليله دال عليها الا ان قوله وملكه صاحب السلعة يدل على الاجازة لامتناع حصول الملك
مع عدمها وقوله وقد فات بتفريطه يدل على تعذر حصوله واما تلف العين وتعذر حصولها
فذكره في اول كلامه وقال ايضا ولو نقص الثمن عن القيمة لم يلزمه اكثر منه لان الوجوب انتقل
اليه بدليل انه لو حصل الثمن لم يضمن شيئا وهذا صحيح وهو شاهد على ما ذكرناه ايضا وما نبه
به في التذكرة وان كان صحيحا لانه لم يفت بالبيع اكثر منه فلا ملازمة بينه وبين المدعى لان
المطلوب ضمانه هو ما حصل بالبيع الصحيح على تقدير الاجازة فانه قد صار حقا وملكا للمالك
فلا يضمن سواه وقريب منه قوله ولا يتحفظ بتركه سواها فانه لا اثر لقدر من ترك البيع بعد
صدوره والحكم بصحته وقوله وزيادة الثمن حصلت بتفريطه ابعد من الجميع فانه بعد دخولها
في الملك لا التفات الى السبب الذي اقتضى تملكها من تفريط وغيره وقد سبق في الغصب ما يوافق
ذلك والتحقيق ما ذكرناه قوله وليس له ان يبيع بدون ثمن المثل ولا يشتري باكثر منه مما لا يتغابن
الناس به اي في العادة والجارية قوله مما لا يتغابن الناس به يتعلق بمحذوف على انه صفة لما دل

الا ان سعى بل الاقرب في كلام ... عمل
والاقرب بما ... على انه لا ... على ما ... قال
والعقد ... في كلامه ... و ...

عليه

المثل

عليه قوله بدون الثمن أو أكثر منه وهو قلة وكثرة مما لا يتغابن الناس به عادة وقد سبق هذا الحكم
في أول كلامه وانه لا يكون ذلك مع اطلاق الاذن وكأنه انما اعاده ليبني عليه قوله فان خالف
احتمل بطلان البيع وضمان النقص أي لو خالف فباع بدون ثمن المثل وسيأتي ان شاء الله تعالى
مخالفته بالشراء بازيد من ثمن المثل بعد ذلك ووجه البطلان فيه انه تصرف غير مأذون فيه فيقع
باطلا مع عدم الاجازة كما نبه به في التذكرة وان اطلق العبارة هنا اما معها فلا لانه لا ينقص
عن تصرف الاجنبي ووجه ضمان النقص ان العامل مأذون في التصرف مطلقا لان الغرض اطلاق
الاذن والمنع في صورة النزاع انما كان لمكان النقص وذلك مندفع بضمان النقص فيصح العقد
بالاذن السابق ويكون ايقاعه التزاما للنقص وهذا ضعيف جدا فان اطلاق الاذن لا يتناول
هذا العقد ولضعف هذا الاحتمال نزل الشارح السيد عميد الدين العبارة على ان البطلان و ضمان
النقص على تقدير التعذر وليس بشيء لان ضمان النقص وقع مقابلا للبطلان في العبارة
فيجب أن ينتفي البطلان معه وايضا فان استرداد العين لم يجر له ذكر في العبارة ومع ذلك
يكون قوله بعد وعلى البطلان لو تعذر الرد ضمن النقص مستدركا والحق انهما احتمالان في المسألة كما
نبه الشارح الفاضل وقد تقدم وبه صرح في التذكرة ونسب القول بالصحة وضمان النقص على ما
قررناه سابقا الى بعض علمائنا وحكاه عن احدى روايتي احمد والمذهب هو الاول قوله ولو امكن
الرد وجب رده ان كان باقيا ورد قيمته ان كان تالفا قوله لا يخفى انه لا فرق بين التلف و
تعذر الرد في ضمان القيمة فان كان ضمان النقص مع الثمن محتملا لذلك كمن في الصورتين
والا تعين ضمان القيمة فيهما ففي العبارة مناقشة مع طول بغير فائدة وكان حقه ان يقول
وعلى البطلان يجب الرد فان تعذر بتلف وغيره فالقيمة فان كان الثمن من جنسها ضمن
معه النقص ولا يخفى ان ضمان القيمة انما هو في القيمي بتعذر الرد قوله وللمالك الزام من شاء أي من
العامل والمشتري سواء كان المشتري عالما او جاهلا وسواء كانت العين باقية فيلزمه بها
او تالفة فيلزمه بالقيمة لان كل واحد منهما عاد ضامن قوله فان رجع على المشتري بالقيمة
رجع المشتري على العامل بالثمن ان كان باقيا او كان المشتري جاهلا كما سبق في البيع
وكذا يرجع عليه بزيادة القيمة عن ثمنه مع جهله على اصح الوجهين لا مع علمه قوله وان رجع على
العامل بالزائد عن قيمته على المشتري ان كان المشتري عالما بالحال لاستقرار التلف
في يده لا ان كان جاهلا لانه مغرور ولم يدخل الا على بذل الثمن في مقابل العين

مل

حكمان لشيئين وليسا احتمالين لشيء واحد فالبطلان مع عدم الاجازة يجب معه استرداد العين وضمان النقص ٢

رجع العامل م

فلا يتلف عليه سواء وجزم المص هنا بنفي استشكاله في رجوع المشتري على الغاصب في الحال بالزيادة لو اغترم مع جهله قال ولو ظهر ربح فللمالك المطالبة بحصته دون العامل ش اي لو ظهر ربح في العين المذكورة وهي التي باعها بدون ثمن المثل ولم يجز المالك بيع فالذي يستحق المطالبة به هو ثمنها الاول وحصة المالك من الربح الزايد على اصل الثمن دون العامل لانه بذل حصته مجانا قال ولو اشترى باكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع اي يقف على الاجازة فان لم يجز بطل ويحتمل القيمة وضمان التفاوت كما دل عليه سابقا فان قيل ما مر في كلامه انما تضمن حكم البيع قلنا قوله فان خالف يشملهما وقوله احتمل بطلان البيع شامل للمطلوب لان بطلان البيع يقتضي بطلان الشراء لان البيع والشراء يتضمنهما عقد واحد قال وان اشترى في الذمة لزم العامل ان اطلق الشراء ولم يجز المالك المراد باطلاق الشراء عدم ذكر المالك لان البيع ظاهرا يقع له ويفهم انه لو اجاز صح وهو كذلك لان المقصود بالمقصود قال وان ذكر المالك بطل مع عدم الاجازة لان المقصود بطل مع عدم الاجازة قال وليس له ان يبيع الا نقدا بنقد البلد حملا للاطلاق على الغالب المتعارف ومقتضى العبارة انه لا يجوز البيع بالعرض ولا بغير نقد البلد لكن قد رجع عن هذا في قوله ولا اربا ان له ان يبيع بالعرض مع الغبطة ش ووجه القرب ان الغرض من القراض الاسترباح وهو يحصل بالبيع بالعرض كما يحصل بالبيع بالنقد فلا يتقيد باحدهما لاسيما وقول الشيخ بعدم الجواز الا نقدا بنقد البلد كالوكيل ضعيف لما بيناه سابقا فان غرض القراض غير غرض الوكالة واقتصر المص على تجويز البيع بالعرض وسكت عن البيع بغير نقد البلد ولا يكاد يكون بينهما فرق وقد تتكرر مسألة تجويز مع الغبطة كما حكيناه عنه سابقا ايضا وهو المختار قال وليس له المزارعة اي وليس للعامل المزارعة وفي بعض النسخ المزارعة وذلك لان المضاربة لا يتناول اطلاقها المزارعة لان وضعها على الاسترباح بالتجارة وليس منه المزارعة فان فعل ضمن المال والزرع لصاحب البذر فان كان هو المالك فلا اجرة للعامل سواء كان من مال القراض او غيره وان كان العامل فعليه اجرة ارض المالك واصلاحها وارشها لنقص قال ولا يشتري الا بعين المال لان مقصود القراض ان يكون ربح المال بينهما ولا يكون ذلك الا اذا اشترى بالعين لان الحاصل بالشراء في الذمة ليس ربح هذا المال قال فان اشترى في الذمة من دون اذن وقع له ان لم يذكر المالك

منقبض

مقتضى الاطلاق ان الشراء له وان نوى المالك اذا لم يذكره ومفهوم قوله فيما تقدم وان اشترى في
الذمة من دون ذكره لزم العامل ان اطلق الشراء ولم يجز المالك انه مع الاجازة يقع له كما نبهنا عليه
وينبغي ان يجيء احتمال كون الربح للمالك ان نبح وكان نقد مال القراض ثمنا لانه كالغاصب حينئذ
والا بطل اي وان ذكر المالك في الشراء بطل لكن مع عدم الاجازة لان الفضولي موقوف
وانما اطلق هنا البطلان اكتفاء بما ذكره سابقا فاعلم ان الفرق بين ما ذكره هنا وبين قوله سابقا
وان اشترى في الذمة لزم العامل ان ذلك في احكام ما اذا اشترى بازيد من ثمن المثل وهذا
حكم الشراء في الذمة مطلقا قوله وليس له ان يشتري باكثر من راس المال لان عقد القراض انما تضمن الاذن
في الشراء براس المال فلا يتسلط على الشراء بالزائد ولان الشراء انما هو بالعين فقط قوله فلو اشترى عبدا
بالف هي راس المال ثم اشترى بعينها آخر بطل مقتضى قوله هي راس المال ان الشراء بعينها وكذا قوله
بعد وان اشترى في ذمته صح وحيث كان كذلك فقد ملكها المالك للبايع فامتنع الشراء بها للمالك
مرة اخرى فيقع العقد له باطلا قوله وان اشترى في ذمته صح له ان لم يذكر المالك والا وقف على
الاجازة ينبغي انه اذا نوى المالك ولم يذكره واجازه يصح قوله وله ان يشتري المعيب ويرد بالعيب وياخذ
الارش كل ذلك مع الغبطة لان مدار التصرف على الاسترباح وقد يحصل الربح في المعيب وقد تكون
الغبطة في رده او في اخذ الارش ويتصور هذا الفرض بان يشتري بظن السلامة ثم يظهر العيب
فقد يكون الرد اغبط وقد يكون الاغبط اخذ الارش بخلاف الوكيل اذ ليس المقصود ذلك فيجب
حمل اطلاق التوكيل على الشراء الصحيح لانه مقصد المالك الغبطة قوله ولو اختلفا في الرد والارش قدم
ما فيه الغبطة سواء كانت في جانب المالك ام العامل لان للعامل حقا في المال باعتبار ان له حظا من
الربح فليس للمالك ابطال حقه من الغبطة قوله فان انتفت قدم المالك المتبادر من انتفاء الغبطة
ان لا يكون في احدى الجانبين غبطة اصلا فيستويان في عدمها فلا حق للعامل ح فيقدم جانب المالك
لان الناس مسلطون على اموالهم ويتصور صحة البيع في هذا الفرض بان تكون الغبطة عند الشراء ثم تزول
ويشكل جواز الرد ح لان التصرف فرض انه صحيح مامون ويتصور فيما اذا لم يكن عالما بالعيب ثم
تجدد علمه به وفي بعض النسخ فان اتفقت ح ومعناه انه اذا اتفقت الغبطة من الجانبين قدم المالك
وهو صحيح ايضا اذ ليس للعامل حق يفوت باحدى الامرين ح قوله وليس له ان يشتري من ينعتق على المالك
الا باذنه لان ذلك مناف لمقصود القراض اذ المراد الاسترباح وهذا خسر محض على تقدير صحته قوله
فان فعل عتق وبطلت المضاربة في ثمنه فان كان كل المال بطلت المضاربة اي فان اذن المالك فاشترى صح م

صح الشراء كما لو باشر بنفسه او وكل فيه ويعتق على المالك وبطلت المضاربة في ثمنه خاصة لانه بمنزلة التالف وصار الباقي راس المال ولو كان ثمنه جميع المال بطلت المضاربة هذا كله اذا لم يكن في العبد ربح ولو كان فيه ربح ففيه قولان اشار اليهما المص بقوله ولو كان فيه ربح فللعامل المطالبة بثمن حصته والوجه الاجرة فالاول قول الشيخ في المبسوط ووجهه ان العامل يملك حصته من الربح بالظهور وان المالك باذنه في الشراء الموجب للعتق كانه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح وانما ولان العامل شريك يسري العتق في نصيبه فيضمن المالك النصيب وفيه نظر لان ذلك انما يتم اذا قلنا ان السراية تتحقق بالعتق القهري كالاختياري بسبب العتق بناء على ان اختيار السبب اختيار المسبب ووجه الثاني وهو مختار المص من وجوب اجرة المثل ان المضاربة تبطل بالشراء لان مثل هذا الشراء لا يقع على المضاربة فان شراء المضاربة هو الذي يقبل التقليب والبيع مرة بعد اخرى للاسترباح وهذا لكونه مستعقبا للعتق غير قابل لذلك فاذا ثبت ان المضاربة فيه بطلت لزم المالك اجرة المثل دون الحصة لانه انما عمل بالاذن في الربح المطلوب وقد فاتت الحصة المعينة في مقابله بفسخ المضاربة فيستحق اجرة المثل ولو قلنا ان العامل انما يملك الحصة بالقسمة او الانضاض استحق الاجرة قولا واحدا وفي هذا نظر من ان استحقاق العامل للاجرة انما هو في العمل المحسوب للمضاربة اذا فاتت الحصة وقد قرر المص انه خارج عن المضاربة فهو خلاف مقتضاها فيكون توكيلا محضا وليس من مقتضيات التوكيل ثبوت الاجرة بل الحمل على مقتضاها فكل من القولين مشكل والذي ينساق اليه النظر عدم استحقاق العامل شيئا ان لم يكن ذلك على قول ثالث فاذا عرفت ذلك فهنا امور الاول على قول الشيخ لو كان المالك معسرا بقي حق نصيب العامل رقيقا وعلى الثاني ينعتق الجميع وتبقى الاجرة على المالك الى ميسرة الثاني على قول الشيخ لو لم يكن ربح لا شيء للعامل وعلى الثاني ذكر المص في التحرير ترددا في ثبوت الاجرة ووجه ثبوتها ما سبق الثالث ان لم ياذن فالاقرب البطلان ان كان الشراء بالعين او في الذمة وذكر المالك والا وقع للعامل مع علمه ما سبق حكم ما اذا اذن المالك في الشراء فاما اذا لم ياذن واشترى العامل من ينعتق على المالك فلا يخلو اما ان يكون عالما بالنسب والحكم او لا فان كان عالما فان اشترى بعين المال او في الذمة وذكر المالك فالاقرب عند المص البطلان وينبغي ان يكون ذلك مقيدا بعدم الاجازة لانه فضولي كما لا يخفى ويظهر من تقييد الشارح الفاضل ان مراد المص بالبطلان انه لا يقع موقوفا بل يقع باطلا لاستلزام عقد التراضي النهي عن هذا التصرف ولان مقابل الاقرب انه يحتمل وقوفه على الاجازة وهو بعيد لان وجه البطلان انه تصرف بغير اذن المالك لان عقد التقاضي لا يتناوله لانه مقصود على الاسترباح وهذا

كما لو تلف جميع مال المضاربة م

ونظر آخر نظهر من توجيه كلام المص الآتي وهو ان هذا التصرف ليس من تصرفات التراضي فلا يستحق مقابله الحصة م

[illegible]
لا لعدم تناول الاذن له
صح صح صح

الخلاف

الاذن ولم يصدر منه اذن ويحتمل ضعيفا الصحة لانه مال متقوم قابل للعقود في نفسه فيصح شراؤه
كما لو اشتراه باذن رب المال ثم ينعتق على المالك وتبطل المضاربة ويلزم العامل الضمان لان تلف مال
المضاربة بسببه وان لم يكن الشراء بالعين ولا ذكر المالك لفظا ولا نواه بحيث يعلم به البايع وقع الشراء
للعامل والثمن به ظاهرا اذا عرفت ذلك فقول المص مع علمه قيد في كل من البطلان على تقدير الشراء بالعين
او في الذمة مع ذكر المالك ووقوعه للعامل على تقدير عدمهما لكن يرد عليه انه لا معنى للتقييد بعلم
العامل اذا لم يكن الشراء بالعين لان الشراء في الذمة غير مستفاد من عقد القراض اصلا فلا يكون
ماذونا فيه فيقع فضوليا وان لم يكن العامل عالما بالنسب ولم يكن عالما بالحكم فقد اشار اليه المص
بقوله ولو جهل النسب والحكم اشكال ويجب ان يكون موضع الاشكال ما اذا اشترى بالعين لان
الشراء في الذمة غير ماذون فيه اذ لا يقتضيه عقد القراض والغرض عدم اذن غيره ومنشأ الاشكال
من ان عقد القراض يقتضي الاذن في شراء ما فيه ربح ظاهرا لا بحسب نفس الامر لاستحالة توجيه الخطاب
الى الغافل لاستلزامه تكليف ما لا يطاق فيصح البيع وينعتق العبد ولا ضمان لانه تلف لا من امر لا يعلم
به العامل كما لو اشترى معيبا لم يعلم بعيبه فتلف به ومن ان الاذن في القراض انما ينصرف الى ما يمكن بيعه
وتقليبه في التجارة للاسترباح ولا يتناول غير ذلك فلا يكون ما سوى ذلك ماذونا فيه والتباس الامر
ظاهرا لا يقتضي الاذن غاية ما في الباب انه غير اثم في تصرفه وانما هو التصرف الماذون فيه وفي تكليف
ما لا يطاق وتوجيه الخطاب الى الغافل انما يلزم على تقدير ثبوت الاثم لا على تقدير عدم الاذن في ذلك
التصرف اذ لا امتناع في ان يظن الجاهل لامارة ما ليس بماذون فيه ماذونا فيه ولا يصير بمجرد هذا الظن
ماذونا فيه نعم لا يكون مواخذا به فاذا انكشف الحال تبين عدم نفوذ التصرف لوقوعه في غير محل الاذن
فان قيل اي فرق بين هذا وبين الوكيل اذا عزل ولم يعلم فان تصرفه ماض على اصح القولين وكذا
اذا فسخ الجاعل ولم يعلم المجعول له حتى اتى بالمجعول عليه قلنا الفرق ان الاذن في التصرف الثابت به
في الوكالة والجعالة قد ثبت باصل العقد والكلام في كون العزل والفسخ قبل العلم ناقلا ليرتفع
ذلك الاذن او لا فيبقى ويرجح الثاني بما يترتب على نفوذه من الضرر العظيم والمفاسد والتمسك باستصحاب
الحال الى ان يحصل الدليل الناقل بخلاف ما هنا فان التصرف الواقع غير ماذون فيه قطعا وانما ظن العامل
شمول الاذن له نظرا الى ظاهر الحال فاذا انكشف الامر تبين عدم الشمول فان قيل فما الحكم قلنا اذا ثبت
كون الشراء للقراض بالبينة او باقرار البايع ثبت بطلان البيع فيعود كل من العوضين الى صاحبه الا مكان
فانه لم يكن او لم يثبت ذلك شرعا فالبيع ظاهرا لازم للعامل واذا كان بحسب الواقع فانه الزام المالك انه علم

ان الشراء للمقارض لم يكن له تعين العامل الا ان قضى حاله ان يكون المال تالفاً و التلف بغير تقصير
غير مضمون فيعتمد المقارض حينئذ بان يبيع العبد و يستوفي ماله لبقائه على ملك البايع وبقاء
الثمن على ملك المالك في ذمته فان يتلفا الفرق بينه وبين شراء المعيب اذا تلف بالعيب قلنا الفرق
ان شراء المعيب صحيح نافذ لجواز شرائه مع العلم بالعيب وان كان متزلزلاً لجواز الفسخ بالعيب فاذا
تلف بالعيب قبل الفسخ من غير تقصير من العامل كان من مال المالك ولا ضمان على العامل فان قيل
فلو كان شراء المعيب باعتبار العيب خالياً من الغبطة وانما ظنها العامل لظنه السلامة وكذا كل موضع
ظن الغبطة فظهر خلافه قلت لا اعلم الآن تصريحاً في حكم ذلك والمتجه عدم صحة البيع فتاتي الاحكام السابقة
ولو اشترى من ينعتق على المالك عتقه صح الشراء وعتق على المالك ان لم يعلم العامل بالنسب ولا ضمان ان
علم العامل بالنسب فالحكم كما سبق فيمن ينعتق على المالك وان لم يعلم فقد اطلق المص هنا وفي التذكرة
صحة الشراء ووقوع العتق ونفي الضمان والفرق بينه وبين من ينعتق على المالك غير واضح فان كلا منهما
لم يتناوله الاذن الواقع في عقد القراض غاية ما في الباب ان المحذور في عتقه انما يعلم كونه كذلك من قبل المالك
وربما لم يعلم به احد سواه بخلاف من ينعتق عليه بالابوة ونحوها لكن لا اثر لهذا الفرق وعلى صحة
الشراء ونفوذ العتق فيقبل قوله لانه له فسخ القراض في كل وقت و هل للعامل الحق لو كان فيه ربح
يبني على قولي الشيخ في المسئلة السابقة ان يكون لحصته من الربح وان ينفذ العتق فيها مع اليسار ويطالب
بثمنها على قول المص هنا لا اجرة وكذلك موضع نظر والتوقف طريق السلامة [illegible] ولو اشترى
زوجة المالك احتمل الصحة والبطلان ووجه الصحة انها مال صالح للاكتساب به وقد اشترى بثمن المثل مع
ظن المصلحة فوجب ان يقع الشراء صحيحاً اذ لا مانع الا انفساخ النكاح وهو غير مخل بمقصوده لان
حصول المطلوب به الآن آكد ووجه البطلان اشتماله على ضرر المالك بانفساخ عقد عقده باختياره
ولزوم نصف الصداق لو كان قبل الدخول وجميعه بعده وهذا الاحتمال انما يكون مع الشراء بالعين
او في الذمة مع ذكر المالك وبنيته وان كان اذا لم يعلم البايع يقع الشراء للعامل ظاهراً ويكون ذلك
فالشراء للعامل لا محالة وعلى الصحة لو كان الشراء قبل الدخول فقد قال المص في التذكرة انه في لزوم
نصف المهر للزوج وجهين فان قلنا يلزم رجع به على العامل لانه سبب تقريره عليه فيرجع به
عليه كما لو افسد نكاحه بالرضاع ولم يذكر حكم ما بعد الدخول وكان يرى عدم جواز الرجوع
به لانه قد تقرر بالدخول ثم انه هل يستقل بالبيع من دون اذن يحتمل العدم لما فيه من ابطال ا[لنكاح] مشافهة
الرجل وذلك ضرر ويحتمل الجواز لانه لما بطل النكاح لصحة البيع صار من جملة اموال القراض

والاصح

والاصح البطلان فكل هذه الاحكام ساقطة وليس المراد بالبطلان وقوعه باطلا من اصله بل عدم
الاجازة لانه لا ينقص عن الفضولي وان كان ظاهر عبارة المص الاول لان حصول الفرد بالشراء
دليل النهي عنه وان بعد ... ولو اشترى زوج المالكة باذنها بطل النكاح اي لو كانت مالكة
مال المضاربة امراة فاشترى زوجها العبد فان كان باذنها صح الشراء وبطل النكاح لامتناع
اجتماع الملك والنكاح قطعا وان كان بغير اذنها ففيه اقوال ذكرها بقوله وبدونه قيل يبطل
الشراء لتضررها به وقيل يصح موقوفا ولا يصح ويضمن العامل لها ما يفوت من المهر ويسقط من النفقة
وقيل يصح مطلقا فيضمن المهر مع النفقة والاول قول الشيخ في المبسوط ووجهه ما اشار اليه من حصول
ضرر المالكة به فيكون ذلك دليل عدم الرضا فيقع العقد باطلا وهذا الاحتمال قائم وان قلنا
الفضولي يقع موقوفا كما يفيده دليله وان كان ضعيفا ووجه الثاني انه شراء غير ماذون فيه
فيقع موقوفا لكونه فضوليا لكن قول الشارح الفاضل ان هذا قول كل من قال بصحة عقد
الفضولي موقوفا على الاجازة غير ظاهر لابتنائه على انه خلاف المتبادر منه لفظا ووجه الثالث
ان المقصود بالشراء للقراض حاصل فهذا العقد فيكون ماذونا فيه متناولة لذلك
بشرائه فيقع صحيحا غير موقوف على الاجازة وهو المراد بقول المص وقيل مطلقا اي وقيل يصح
مطلقا اي غير مقيد بالاجازة قال الشارح السيد وهذا القول لم نقف عليه في كتب اصحابنا وانما
نقله المص وابن سعيد اذا تقرر هذا فعلى القول الاول الحكم ظاهر وعلى الثاني لا ضمان على العامل
لو اجازت المالكة البيع لما يفوت من المهر والنفقة لان ذلك باختيارها اما على الثالث فيضمن اذا
كان عالما لان التفويت جاء من قبله والاصح هو الثاني وكذا لو اشترى من له عليه مال
اي وكذا يجي ما سبق لو اشترى عامل القراض عبدا لمالك مال القراض عليه مال فيحتمل بطلان
الشراء منه لتضرر المالك بسقوط ماله بدخوله في ملكه لامتناع ان يثبت له على عبده مال ويحتمل
وقوعه موقوفا اذ لا يقصر عن الفضولي ويحتمل صحته ونفوذه لتناول عقد القراض الاذن في
شرائه لكونه مالا قابلا للاسترباح فان قلنا بهذا الاخير ففي تضمين العامل اشكال ينشا من
ان سقوط دين المالك بسبب فعله فكان ضامنا لانه سبب الاتلاف كذا قال في التذكرة وعلى ما ذكره
هنا في المسئلة السابقة فقه الجزم بالضمان في هذه ايضا والاصح الثاني والظاهر انه لا فرق
بين ان يكون له عليه مال مستحق الآن كدية الجناية خطا او في ذمته بحيث يتبع به بعد العتق والدين كما

في شراء عبد مطلق لو اشترى ابا الموكل احتمل الصحة وعدمها ، ووجه احتمال الصحة عموم الاذن
هنا المتناول لمحل النزاع وربما تعلق غرض الموكل للفوز بثواب العتق بخلاف القراض لان
الغرض الاسترباح بالتقليب والبيع والشراء فلم يتناوله الاذن في شراء نحو الاب ووجه
العدم ان المتبادر من اللفظ شراء عبد يتجر او عبد قنية وشراء من ينعتق ليس واحدا منهما ولما
فيه من الضرر بتلف الثمن لبذله في مقابل ما لا يبقى ماليته فحينئذ يكون فضوليا فيقف على الاجازة
عند من قال ان الفضولي يقع موقوفا وهو الاصح . والمأذون له في شراء عبد كالوكيل وفي التحرير
كالعامل اي والعبد المأذون له في شراء عبد ان اذن له في شراء عبد ولم يقيد بكونه للتجارة فكالوكيل
وان قيد بذلك فهو كالعامل فيأتي في صحة البيع وفساده ووقوعه موقوفا لو اشترى من ينعتق
على السيد ما سبق . ولو اشترى العامل من ينعتق عليه ولا ربح في المال صح فان ارتفع السوق و
ظهر ربح وقلنا يملك به عتق حصته ولم يسر على اشكال اذ لا اختيار له في ارتفاع السوق واختياره
السبب ما سبق حكم ما اذا اشترى العامل من ينعتق على المالك وهذا حكم من ينعتق على العامل فاذا
اشترى اياه مثلا فلا يخلو اما ان يكون في المال ربح اولا فان لم يكن فيه ربح صح الشراء قطعا لعدم المانع
ثم ان لم يظهر فيه ربح حتى بيع فلا بحث وان ارتفع السوق وظهر ربح فاما ان نقول بان العامل يملك
الحصة من الربح بالظهور او لا فان قلنا بالاول عتق نصيب العامل لحصول المقتضي وهل يسري الى
الباقي ذكر المصنف فيه اشكالا ينشأ من ان حصول الملك لم يكن باختياره لانه انما حصل بارتفاع السوق
وارتفاعه لا دخل لاختياره فيه فكان كالارث الحاصل على وجه قهري فلا يسري ومن ان اختيار السبب
وهو الشراء اذ لولاه لم يملك شيئا بارتفاع السوق واختيار السبب اختيار للمسبب وفيه نظر لان
الشراء ليس هو مجموع السبب وانما هو سبب بعيد والسبب القريب هو ارتفاع السوق الذي لا
دخل للاختيار فيه فلا يكون الملك بالاختيار لان جزء سببه غير مقدور ولكنه روى ابن ابي عمير عن في الصحيح
محمد بن قيس عن ابي عبد الله ع في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم
قال يقوّم فان زاد درهما واحدا اعتق واستسعى في مال الرجل وهي كما يحتمل كون الربح موجودا
وقت الشراء تحتمل تجدده فيكون حجة في محل النزاع لان ترك الاستفصال دليل العموم والضمير في تحتمل
اعتق يعود الى ما عاد اليه ضمير زاد ويقوّم وهو الاب فيعتق جميعه ولا يضر ذكر الاستسعاء
لامكان اجرائه على ظاهره او الحمل على اعسار العامل والعمل بالرواية قريب اذا عرفت ذلك

فاعلم

ارتفاع

فاعلم ان قول المصنف اذ لا اختيار في ارتفاع السوق اشارة الى احد الوجهين من وجهي الاشكال وهو وجه عدم
السراية وقوله واختياره السبب اشارة الى الوجه الثاني وهو مرفوع على انه مبتدأ محذوف الخبر تقديره
واختياره السبب ثابت ونحوه وان كان عطفه على قوله لا اختيار في ارتفاع السوق ليكون في حيز
اذ غير مطبوع كما ان تقدير اللام محذوفة ليكون تقديره ولاختياره السبب غير حسن وان كان فيه
ربح حال الشراء وهو الذي اراده بقوله وان كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور صح ولا عتق
وان قلنا يملك فالاقرب الصحة فيعتق نصيبه ويسري الى نصيب المالك ويغرم له حصته لاختياره
الشراء ويحتمل الاستسعاء في باقي القيمة للعتق وان كان العامل معسرا والبطلان لانه مخالف
للتجارة وتحقيقه انه اذا كان الربح وقت الشراء فاما ان نقول ان العامل انما يستحق الاجرة دون
الحصة المشترطة او نقول يملكها لكن بالانضاض والقسمة فلا بحث في صحة الشراء اذ لا مانع
فانه لا عتق حينئذ واما ان نقول بانه يملك الحصة بمجرد ظهور الربح ففيه احتمالات اقربها عند
المصنف صحة البيع لحصول المقتضي وانتفاء المانع اذ ليس الا حصول الضرر على المالك وهو منتف
هنا لان العتق انما هو على العامل دون المالك حينئذ فينعتق نصيب العامل لدخوله في ملكه
ويسري الى نصيب المالك على ما اختاره المصنف ويغرم له حصته لاختياره الشراء الذي هو السبب واختيار
السبب اختيار للمسبب ويحتمل بناء على صحة البيع وانعتاق نصيب العامل ان لا يقوم نصيب المالك
على العامل بل يستسعي العبد في باقي قيمته للمالك وان كان العامل موسرا فانه لا بحث في
الاستسعاء اذا كان معسرا وهو اختيار ابي القسم بن سعيد استدلالا بالرواية السالفة فانها تعرضها
على ذلك ولان التقويم على خلاف الاصل اذ هو شغل ذمة بريه فيقتصر فيه على موضع الوفاق
الاحتمال الثاني بطلان البيع لانه مناف لمقصود القراض اذ الغرض هو الشراء للتجارة الذي
يقبل التقليب للاسترباح وهذا شراء يعقبه العتق فيكون مخالفا للتجارة فلا يكون ماذونا
فيه فيكون باطلا اي غير نافذ لعدم الاجازة اذا عرفت ذلك فاعلم ان الرواية دالة على صحة البيع
ونفوذ العتق فتدل على صحته فيما اذا كان العبد بحيث يعتق على المالك واذن فيه فلا يكون
منافيا لمقصود القراض ويكون اشتراط الاذن كما اختاره الشيخ لا الاجرة كما اختاره المصنف
واما الاستسعاء فظاهر الرواية ثبوته مطلقا فان قام الدليل على ان العتق بالشراء موجب
للسراية نزلت على اعسار العامل فاذن عنى في السراية في الموضعين هذا وقوله ولم يسر على
اشكال من المتوقفين وما ليس للعامل ان يسافر الا باذن المالك فان فعل بدون اذن ضمن وينفذ

مما كان لا يلزم من الفرق ثبت الحصة صح

المطلب الثاني

تصرفاته ويستحق الربح اما عدم جواز السفر بدون الاذن فهو مذهب علمائنا فيه تغرير بالمال ولانه
لا يتبادر من اطلاق العقد ولا يتفاهم منه ليكون شاملاً له والروايات الصريحة في ذلك عن اهل البيت
عليهم السلام مثل رواية الحلبي عن الصادق ع وصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما ع وقد تضمنت نفوذ
التصرفات واستحقاق الحصة من الربح مع الضمان لو خالف وايضاً فانه لا منافاة بين المنع من السفر و
نفوذ البيع فانه مأذون في التجارة من حيث هي تجارة وانما منع من السفر باعتبار التغرير فان المنع من احد
المتنافيين لا يقتضي بمجرده المنع من الآخر ولا فرق في ذلك بين ان يكون الطريق مخوفاً اولا ولو
امره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها او بابتياع شيء معين فابتاع غيره ضمن ولو ربح حينئذ فالربح
على الشرط اما الضمان فلا بحث فيه للمخالفة ومع ذلك فاذا سافر الى غير الجهة المأمور بها وكان
المتاع الذي يريد بيعه مثلاً انقص قيمة من الجهة الاخرى بما لا يتغابن به في العادة لا يجوز البيع
فان فعل لم يكن نافذاً الا مع الاجازة صرح بذلك في التذكرة وحيث يصح فالثمن مضمون عليه واما
نفوذ البيع واستحقاق الحصة من الربح اذا امره بابتياع شيء معين فخالف فلظاهر صحيحة الحلبي عن الصادق
عليه السلام في رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فذهب فاشترى غير الذي امره
قال هو ضامن والربح بينهما على ما شرط ومثله نص في الباب وهنا اشكال لان الشراء الواقع حينئذ
غير مأذون فيه فينبغي ان يكون فضولياً يتوقف على الاجازة ولا يستحق العامل اجرة لتبرعه به لكن لا
الخروج عن الادلة الشرعية المعتضدة بعمل الاصحاب ولو سوغ له السفر لم يكن له سلوك طريق
مخوف فان فعل ضمن هذا اذا اطلق له الاذن ولو سوغ له سلوك المخوف فعدم الجواز بحاله للتغرير
بنفسه ولو لم يخف على نفسه ولا ماله فلا يحرم عليه اذا خاف على مال المضاربة يحتمل ذلك للنهي عن
اضاعة المال ويحتمل العدم لان الاضاعة غير متيقنة وعلى كل حال فلا ضمان وهذا قد يستفاد من
مفهوم عبارة التذكرة حيث قال وكذا لو اذن له في السفر مطلقاً لم يكن له السفر في طريق مخوف واجرة
النقل على مال القراض اي نقل مال القراض اذا جرت العادة بالاستيجار على نقله ولو جرت العادة
بحمله كالاداة كبيرة فليس ببعيد عدم جواز الاستيجار عليه وهذا انما هو مع الاذن في السفر او مطلقاً
فانه مع عدمه يضمن اجرة النقل ونفقته في الحضر على نفسه عند علمائنا اجمع فلا يسوغ له ان
يتناول من مال القراض شيئاً وان قل ولا ان يواسي منه بشيء كالغذاء ودفع كسرة الى السائل ونحو
ذلك وفي السفر من اصل القراض كمال النفقة على اصح القولين ولو كان معه غيره قسط ويحتمل مساواة
الحضر واحتساب الزائد على القراض المشهور بين الاصحاب ان العامل يستحق الانفاق في السفر من اصل

في الرجل يعطي الرجل مضاربة فيخالف ما شرط عليه الربح بينهما وفي صحيح اخرى مرسله عن رجل عن الصادق ع
صح صح

مال القراض كمال النفقة ذهب اليه الشيخ في النهاية والخلاف واكثر الاصحاب ومختار المص
في كتبه وهو الاصح لانه بسفره انقطع الى العمل في مال القراض فناسب ان تكون النفقة على المال
ولصحيحة علي بن جعفر عن اخيه موسى ع قال في المضاربة ما انفق في سفره فهو من جميع المال واذا
قدم بلده فما انفق من نصيبه وهو ظاهر في المطلوب لان ما للعموم وذهب في المبسوط الى عدم
الاستحقاق وان نفقته من ماله كالحضر لانه دخل على ان له سهما معلوما من الربح فلا يستحق سواه وقد
لا يربح المال اكثر من النفقة وذهب ايضا الا انه على تقدير القول بالانفاق انما يستحق ما زاد على نفقة الحضر من
ماكول وملبوس وآلات لانه الذي اقتضاه السفر والحجة الحديث السابق اذا عرفت ذلك فاعلم ان استحقاق
الانفاق من مال القراض كمال النفقة او بعضها انما هو اذا لم يكن معه مال آخر لنفسه او لغيره فان كان معه
مال آخر قسطت النفقة عليهما على قدر المالين ويحتمل التقسيط على قدر العمل في المالين والاول ليتقضى
ان لا يستحق نفقة اصلا وهنا مباحث آ زعم الشارح الفاضل ان التقسيط على تقدير ان يكون مع المال
مال آخر يتفرع على وجوب كمال النفقة من مال القراض لا على القول بان الواجب هو الزيادة خاصة فعلى
هذا القول تكون نفقته على نفسه والظاهر ان ذلك سهو فان التقسيط في الموضعين واحد وانما اوقعه
في ذلك التفريع الواقع في عبارة المص حيث قال بعد قوله كمال النفقة فلو كان معه غيره [illegible] ولا دلالة
فيها فان التفريع كما يكون على القول يكون على الآخر وعدم التعرض له لكونه مختارا له وعبارة التحرير
والتذكرة مطلقة فتجري على القولين ثم ان قول المص فلو كان معه غيره يشمل الانفس ومال غيره ب
قول المص ويحتمل مساواة الحضر ع يمكن ان يكون اشارة الى القول الذي اختاره الشيخ في المبسوط تفريعا
على القول باستحقاق النفقة فيكون معناه استواء الحضر والسفر في ان مقدار نفقة الحضر من ماله والزايد
محسوب من القراض ويكون احد المتساويين ووجه المساواة محذوفا في العبارة تقديره ويحتمل
مساواة الحضر السفر فيكون مقدار نفقة الحضر من العامل والزايد على القراض ويمكن ان يكون ذلك اشارة
الى القولين فقوله ويحتمل مساواة الحضر اشارة الى عدم استحقاق النفقة اصلا وقوله واحتسابا الزايد
على القراض اشارة الى القول الثالث فيكون تخييرا ويحتمل وان الشارح السيد جعل قوله ويحتمل ع
احتمالين هاهنا [illegible] احكام ما اذا كان معه مال آخر في مقابلة التقسيط احدهما كون النفقة كلها في مال
العامل كالحضر لانه انما سافر في تجارته وازداد بزيادة في الربح فاخذ مال القراض مستصحبا له والثاني
استحقاق الزايد على نفقة الحضر فكان له انفاقه لا غيره وليس بشيء ج لو شرط عدم النفقة لم ينفق ولو
شرطها فهو تأكيد وهل يشترط تعيينها احتمال لكونه مجهولا الا الشرط ويحتمل العدم لثبوتها بدون

الشرط فلان فيه الاشتراط على الثابت بالاصل وانما ينفق بالمعروف مع الاطلاق فان اسرف حسب
عليه وان قتّر لم يكن له اخذ الفاضل وكلما يبقى من اعيان النفقة كالثوب والقربة يجب رده بعد العود
الى القراض د لو شرط في القراض النفقة فاخذ من آخر قسط لان ذلك منزل على اختصاصه بالعمل
له وكذا لو شرطا ولو شرط احدهما والعمل الآخر فانه على الاول بالقراض الآخر فالنفقة من ماله خاصة
عملاً بالشرط والا قسط ولو اتسع المالك منه المال في السفر فنفقة العود على خاصة العامل اي نفقة
العامل في حال العود عليه لا في مال القراض خلافاً لبعض العامة لانه استحق النفقة ذهاباً وعوداً
حينا للسفر وهو ضعيف ولا عذر لان العقد الجائز يجوز فسخه دائماً وقد دخلا على ذلك ولو
مات لم يجب تكفينه اي لو مات العامل لم يجب كفنه من مال القراض بل من ماله لانه استحق النفقة في
حال الحيوة لا مطلقاً وكذا لو مرض فاحتاج الى دواء ونحوه فانه من ماله فان فعل من غير اذن
حد كالاحد ان لم يكن ربح والا فبقدر نصيب المالك على القول بانه يملك الربح بالظهور
وعليه المهر ولو كانت بكراً بالتقسيم معاً وعند في وجوبه اشكال سبق في الغصب والاصح عدم الوجوب
ولو ظهر ربح انعقد حراً وهي ام ولد لانه لا حق بالواطي لان بعضها ملك له ولا يتصور التبعيض في
الحاق فيتحقق حيثما الاستيلاد فيه رواية سبقت في البيع فعليه قيمتها عند الولادة
لانه وقت تقويم الولد ووقت صيرورة الموطوءة ام ولد وليس للمالك وطي الامة ايضاً سواء
كان هناك ربح ام لا صرح به في التذكرة لان حق العامل قد يتعلق بها والوطي ينقصها ان كانت بكراً
ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف لانه ربما يؤدي الى احبالها كذا قال في التذكرة لان حق العامل
ثم قال بعد ذلك ان انتفاء الربح في المتقومات غير معلوم وانما يتيقن الحال بتنضيض المال اما لو
تيقن عدم الربح فالاقرب انه يحل له الوطي هذا كلامه الا ان هذا مناف للاطلاق كلامه بعد في التذكرة
ايضاً وان قلنا بالتحريم ووطي فالاقرب انه لا يكون فسخاً اقول حيث ان الوطي لا يعد فسخاً فينبغي ان لا يجوز
الوطي للمالك حتى يحصل الفسخ وان لم يكن ربح لثبوت علاقة العامل بالمال بنفس عقد القراض فلا
يسوغ كلما يفضي الى زوالها ثم عدم جعل ذلك فسخاً لا يخلو من نظر فانه اذا وقع في البيع من البايع
وكان له الخيار كان فسخاً فكيف في العقد المبني على الجواز فان فعل فهي ام ولد ان علقت ولا
حد اما صيرورتها ام ولد فلا بحث فيه واما انه لا حد فلانها اذا لم يظهر ربح ملك له خاصة ومع الظهور
يدرأ بالشبهة لان جماعة يقولون بان ليس للعامل فيها شيء الا بعد البيع وظهور الربح والقسمة
كذا قال في التذكرة ويشكل بان المالك ربما كان قايلاً باستحقاق العامل الحصة بظهور الربح فكيف يستقيم

ولا يخفى ان استحقاق النفقة انما هو
حيث لم يكن سفره بغير اذن المالك
م

المطلب الثالث
ليس للعامل وطي امة القراض
وان ظهر الربح فان فعل فهي متى

ووطي ولده لحقه ان لم يظهر
ربح وان ظهر ام ولد
في

بان المالك ليس له ان يكاتب عبد
القراض الا برضا العامل قال
في التذكرة ايضاً م

فنی لحد

نفي الحد ههنا وعدّ ذلك شبهة فان صح ذلك يلزم ان كل ما وقع الاختلاف فيه يعد شبهة
وتحسب قيمتها ويضاف اليها بقية المال ليكون الجميع راس مال القراض لان العقد لا يبطل
بذلك قوله وان كان فيه ربح فللعامل حصته اي ان كان في المأخوذ قيمة ربح فللعامل منه حصته منه لانه
قد نفذ حينئذ فله المطالبة بحقه ويشكل بانه ان كان ذلك فسخا للقراض لم يكن لاضافة بقية المال
اليها معنى بل لا بد من عقد جديد وان لم يكن فسخا فالعامل لا يستقر على الحصة من الربح بذلك قوله ولو
اذن له المالك في شراء امة يطأها قيل جاز والاقرب المنع نعم لو احلها بعد الشراء صح القائل بالجواز هو
الشيخ في النهاية تعويلا على رواية الكاهلي عن ابي الحسن عم ووجه القرب الحصر المستفاد من قوله
تع الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم ولان باب الفروج مبني على الاحتياط التام فلا يعول على
مثل هذه الرواية والاصح المنع اما اذا وقع التحليل بعد الشراء على وجهه فلا بحث في الجواز قوله وليس
لاحدهما تزويج الامة ولا مكاتبة العبد فان اتفقا عليهما جاز اما عدم الجواز للعامل فظاهر واما المالك
فلان القراض لا يرتفع بالتزويج وهو ينقص قيمتها فيتضرر به العامل والكتابة خلاف وضع القراض
لما عرفت غير مرة فان وضعه على الاكتساب بالبيع والشراء او فيه رضاهما اما اذا اتفقا فلا بحث في الجواز
قوله وليس له ان يخلط مال المضاربة بماله الا مع اذنه فيضمن بدونه لان الشركة عيب ولا دلالة لعقد
القراض على الاذن فيه فاذا فعل بغير اذن فقد تعدى فيضمن قوله ولو قال اعمل برايك قال الاقرب الجواز
اي فالاقرب جواز الخلط ووجه القرب انه قد عمم له الاذن في التصرف باختياره فيندرج فيه محل النزاع
وقيل لا يجوز ذلك لانه ليس من التجارة ويضعف بانه اذا كان فيه غبطة كان من توابعها وربما وجه عدم
الجواز بان العامل مصدر لا عموم له ويضعف بان المتبادر من هذه الصيغة باعتبار الاستعمال هو العموم
اذ لا يراد منها الا تفويض التصرفات الى رايه فكانه قال له اعمل برايك في كل موضع ومعلوم انه
لا يراد به عمله برايه وقتا ما او مرة فاذا كان القول بالجواز مع المصلحة اقوى قوله وليس له ان يشتري
خمرا ولا خنزيرا اذا كان احدهما مسلما وكذا كل ما لا يجوز للمسلم شراؤه كالميتة قوله وليس له ان ياخذ
من آخر مضاربة ان تضرر الاول الا باذنه يتحقق تضرر الاول بان يكون العمل في المال الثاني مانعا عن
العمل الاول او بعضه او عجزه عن حفظهما وضبطهما وانما لم يجز ذلك لان المضاربة مبنية على
الحظ والاستنماء فاذا فعل ما يمنعه ذلك لم يكن له كما لو اراد التصرف بخلاف الغبطة فان قيل ان
المالك الاول لم يملك منافعه فكان له صرفها الى آخر قلنا وان لم يكن ملكها لكنه تعين صرفها الى العمل
للقراض الاول بمقتضى العقد ولهذا لا يجوز له ترك المال بغير عمل ولا التقصير عن العمل الذي

فرع لو ظهر ربح لم تحل الامة بالتحليل على الاصح م

جرت به العادة ثم لو لم يتعرض له بمنع (قـ) فان عمل وربح في الثانية لم يشاركه الاول اي فان اخذ
مضاربة بدون اذن الاول مع تعزيره وعمل فيهما كان للعامل حصته من الربح ولم يشاركه الاول   فرع م
فيها وقال بعض العامة ان حصة العامل تقسم الجميع المضاربة الاولى ويقاسمه رب المضاربة الاولى
لانه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحقت بالعقد وليس بشيء لان المنفعة غير مملوكة لان
استحقاق الربح في المضاربة اما بالمال او العمل وكلاهما منتف هنا (قـ) ولو دفع اليه قراضا وشرط
ان ياخذ له بضاعة فالاقوى صحتهما اي صحة القراض والشرط وقد سبق البحث في هذه المسألة اول
القراض وذكرنا خلاف الشيخ وبينا وجه الصحة (قـ) ولو قارض اثنان واحدا وشرط له النصف منهما   ضد
في الباقي مع تساوي المالين او بالعكس فالاقوى الصحة مقتضى اطلاق العبارة انه لا فرق بين
كون المالين ممتزجين وعدمه وانه لا فرق بين كون حصة العامل مشروطة من مجموع ربح المالين او من
ربح كل منهما وحده فاما اذا شرطت حصة العامل من الجميع فوجه الصحة وجود المقتضي وهو صدور
العقد من اهله في محله من شرائط المانع اذ ليس الا تفاضل المالكين في الربح مع تساوي المالين
او تساويهما مع تفاضل المالين وذلك لا يصلح للمانعية لان تفاضلهما قد يكون ناشئا من تفاوت
حصة العامل من نصيب كل منهما من الربح وذلك امر جائز فينزل الاطلاق العقد عليه تغليبا لجانب
الصحة وحملا لعموم اوفوا بالعقود وعموم لا صح ويحتمل ضعيفا العدم لان تصرف الاطلاق
الى هذا الفرد يحتاج الى صارف وهو منتف فيبقى محتملا لجانب الصحة والفساد على السواء من
غير ترجيح وضعفه ظاهر وقد بينا المرجح واما اذا شرطت حصة العامل من نصيب كل منهما
بخصوصه فان صحة العقد والشرط حينئذ يبنى على ما سبق في الشركة اذ كان المالان ممتزجين وعلى
ما اختاره المص في هذا الكتاب من ان الصحة مشروطة بما اذا عملا او احدهما لا يصح ههنا لان
العامل غيرهما وعلى ما اخترناه هناك لا يصح العقد ولا الشرط الا اذا كان المشروط له الزيادة ايضا
عاملا بكونه قراضا بالنسبة اليه ايضا واذا عرفت ما قررناه ولحظت كلام الشارح الفاضل تبين انه
غير واف بحل العبارة (قـ) ولو كان العامل اثنين وساواهما في الربح صح وان اختلفا في العمل وذلك
لان تعدد العامل يقتضي كون العقد بمنزلة عقدين ولا شك في صحة ذلك مع تعدد العقد
ومنع مالك من المفاوتة بين العاملين في الحصة اذا قارضهما في عقد واحد ورده في التذكرة ولم
يتعرض اليه هنا (قـ) ولو اخذ واحد مالا كثيرا يعجز عن العمل به ضمن مع جهل المالك لان تسليم
المال اليه انما كان ليعمل فيه فاذا كان عاجزا عن العمل كان وضع يده على خلاف الوجه المأذون فيه

فكان

المطلب الرابع

فكان ضامناً اما مع علم المالك فلا قوله ولو اخذ مالاً من رجل ومثله من آخر واشترى بكل منهما عبداً
فاختلطا اشتبها او اتفق لعدم العلم بعين مال كل منهما فان تراضيا فلا بحث وان تشاحّا اقرع
لان كل امر مشكل فيه القرعة ويحتمل اجراء مسألة الثوبين التي في الصلح هنا فيباعان مجتمعين ان
لم يمكن بيعهما منفردين ويقسم الثمن بينهما ولو امكن واستويا في الثمن فلا بحث والا اقرع ان لم
يتراضيا ووجه الاحتمال انه لا دخل لخصوصية الثوبين في الحكم المذكور فيستوي الثياب وغيرها و
القول بالقرعة اوجه لعدم دليل على غيره وبيع مال الغير على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع
الوفاق قوله العامل يملك الحصة من الربح بالشرط دون الاجرة على الاصح ذهب الشيخ في المبسوط
الخلاف والاستبصار واكثر الاصحاب الى استحقاق العامل الحصة المشترطة وذهب الشيخ في النهاية
والمفيد وجمع الى انه انما يستحق اجرة المثل وظاهر كلام المص في المختلف في الاستدلال للثاني ان
التعامل معاملة فاسدة عند القائل به وكلام الشيخ في النهاية غير دال على الفساد بل قد يشعر
بالصحة فانه قال في آخر الباب انه اذا كان له على غيره دين لم يجز جعله مضاربة الا بعد ان يقبضه
ثم يعطيه اياه ان شاء ومقتضى هذه العبارة الجواز حينئذ وكيف كان فالاصح استحقاق الحصة
على ما شرط عملاً بعموم قوله تع اوفوا بالعقود وعموم قوله ع المؤمنون عند شروطهم وللاخبار
الكثيرة الصريحة في ذلك والاحتجاج بان الربح تابع للملك وان جهالة الشرط توجب الغرر فيكون فاسداً
ضعيف لان عموم النهي عن الغرر قد خص منه كثير من الاحكام كالمزارعة والمساقاة ولا وجه للمنع
هنا مع ورود النص قوله ويملك بالظهور لا بالانضاض على اصح الاقوال غير مستقر بناء على ان العامل
يملك الحصة من الربح قد اختلف الفقهاء في وقت ملكه اياها على اقوال اصحها انه يملكها من حين ظهور
الربح ويدل عليه وجوه منها ان سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع في العقد فيجب ان يثبت مقتضاه
حين وجود الربح لوجوب الوفاء به متى امكن ومنها انه لو لم يملك بالظهور لم يكن له المطالبة بالقسمة
لانها فرع الملك والتالي باطل اتفاقاً فان قيل المطالبة بالقسمة لعلاقة استحقاق التملك بها
كما لو طلب بيع لرجاء حصول الربح بوجود من يشتري بزيادة عن القيمة قلنا فلا يكون قسمة حقيقة
لانها تمييز المال وظاهر اطلاقهم انها قسمة حقيقية ومنها صحيحة محمد بن قيس عن الصادق ع بعتق
نصيب العامل من ابيه مع ظهور الزيادة ولو لم يملك امتنع العتق ومنها اطلاق الاخبار بكون
الربح بين المالك والعامل وهي كما يتناول ما بعد القسمة كذا يتناول حال الظهور الثاني انه
يملك بالانضاض لا قبله لان الربح قبله لا وجود له في الخارج وانما هو موهوم مقدّر الوجود

الملوک لابد ان یکون محقق الوجود فیکون الظهور موجبا لاستحقاق الملک بعد التحقق ولهذا یورث
عنه ویضمن حصته من اتلفها سوا المالک والاجنبی وفیه نظر فان اللازم ان الربح قبل الانضاض
غیر موجود لان المال غیر منحصر فی النقد فاذا ارتفعت قیمة العروض فرأس المال منه ما قابلت قیمة رأس
المال والزاید ربح لا محالة ومعلوم انه محقق الوجود ثم ان اللازم ان المملوک لابد ان یکون محقق الوجود
وانتقاضه بالدین واضح الثالث انما تملک بالقسمة اذ لو ملک قبلها لکان النقصان الحادث
بعد ذلک شایعا فی المال کسایر الاموال المشترکة والتالی باطل لانحصاره فی الربح وفیه نظر
لمنع الملازمة کما منع والسند ما تقدم وحکی الشارح الفاضل نقلا عن المصنف قولا رابعا وهو کون
القسمة کاشفة عن سبق الملک لان القسمة لیست من الاسباب المملکة والمقتضی للملک هنا انما هو
العمل وانما کانت کاشفة لانها تدل علی انتهاء العمل الموجب للملک وضعف هذا غنی عن البیان
بعد ما سبق بیانه وانما یستقر بالقسمة او الانضاض والفسخ قبل القسمة قد حققنا ان العامل
یملک الحصة من الربح بالظهور ملکا غیر مستقر لان الربح وقایة لرأس المال فلابد لاستقراره من
امر آخر فحینئذ نقول لا یخلو اما ان ینضم الی الظهور انضاض جمیع المال او قدر رأس المال مع الفسخ
والقسمة او احدهما او بدونهما او ینضم الیه القسمة دون الانضاض فهنا صور ٣ ان ینضم الی الظهور
الانضاض للجمیع للمال او لقدر رأس المال فتطابق الفسخ والقسمة فلا بحث فی الاستقرار
ب الصورة بحالها لکن لم یقتسماه وفیه وجهان اصحهما وهو مقرب التذکرة وظاهر اختیاره هنا
حصول الاستقرار ایضا لان العقد قد ارتفع ورأس المال الحاصل ناض فیخرج الربح عن کونه
وقایة لارتفاع حکم القراض بارتفاع العقد ولوجوب صرف الربح الی ما شرطاه حیث ارتفع العقد
والثانی العدم لان القسمة من تتمة عمل العامل قال المصنف فی التذکرة ولیس بشیء وما قاله حق لان
رأس المال متمیز وقسمة الربح لا دخل لها فی استقرار ملک العامل علی الحصة فان قیل ما دام لا یقبض
المالک رأس ماله یجب ان یکون بحیث لو تلف منه شیء یجبر من الربح استصحابا لما کان ولظاهر قوله
علیه السلام علی الید ما اخذت حتی تؤدی قلنا الاستصحاب حجة عند عدم الناقل لا معه وقد حصل
لانه اذا ارتفع العقد خرج المال عن کونه مال قراض فبقی امانة لان الید فی الاصل لم یکن ید
ضمان فینتفی حکم جبرانه من الربح لانه دایر مع کونه قراضا والحدیث لا دلالة له علی ما نحن فیه لان
وضع الید علی مال الغیر وان کان فی العهدة الی الاداء الا انه لا یلزم جبران التالف بعضه ببعض من الربح
فی صورة النزاع ولا انتقاضه بما بعد القسمة قبل القبض وتردد المصنف فی التحریر هنا ولا ریب فی تردده
ضعفه

ثم القسمة اما للربح فقط او لجمیع المال ض بجمیع م

فاسدة ومن لملک لملک وکون الربح ومن الربح الا المال لان
ان بلا شرح فی الملک [illegible]
ثم الاظهر ان ربح [illegible] ٣ ٣ ٣

١٦

ج ان يقع الفسخ والمال عروض كله او بعضه بحيث لم ينض راس المال فان حصلت القسمة مع ذلك
حصل استقرار ملك العامل لانقطاع حكم القراض والا بني على ان العامل هل يجبر على البيع والانضاض
فان قلنا به فحكم القراض باق لبقاء العمل وان قلنا بالعدم فوجهان كالوجهين السابقين في الصورة
الثانية وسياتي حكم المبني عليه في الفصل الثالث ان شاء الله تع د ان يكون القسمة للربح فقط ولا
دخل له في الاستقرار وعدمه بل ان حصل شيء من الامور المذكورة يقتضي الاستقرار ثبوته به والا
فلا وسياتي في كلام المص ما ينبه عليه ان شاء الله تعالى اذا عرفت ذلك فاعلم ان قول المص وانما يستقر
بالقسمة او الانضاض والفسخ قبل القسمة يتناول الصور السابقة جميعها فحكمه بالاستقرار بالقسمة
في مقابل الانضاض يقتضي الاستقرار بها وان كان المال عروضا كله او بعضه لكن يرد عليه شيء
وهو ان القسمة بمجردها لا توجب الاستقرار من دون فسخ القراض لا لا يعني للقسمة الا قسمة
الربح اذ ليس لراس المال شركة الا باعتبار وقسمة الربح وحدها لا يخرجه عن كونه وقاية لراس المال
فالمدار على ارتفاع القراض وانتفاء عمله وعبارة المص لا تفي بذلك لا طلاقا وما بيناه من قولنا ان
قسمة الربح مع بقاء العقد لا تقتضي خروجه عن الوقاية لا ينافي في هذا الضابط لثبوت الخلل
بالفسخ وعدم التنبه الى ما هناك × وقوله او الانضاض والفسخ ظاهر يقتضي اعتبار انضاض
جميع المال وليس بجيد بل يكفي انضاض قدر راس المال ويقتضي ايضا ان انضاض قدر الربح
لا ثمرة وكذا يقتضي عدم الاستقرار اذا فسخ والمال عروض وهو مبني على القول فيما بعد حصل م
من وجوب الانضاض على العامل [illegible] ولو اتلف المالك او الاجنبي ضمن لحصته وورث عنه
هذه الاحكام غير مخصوصة بان العامل يملك الحصة بالظهور بل لو قلنا انه انما يملك بالانضاض
او القسمة فالحكم كذلك لان له حقا متأكدا اذ قد ملك ان يملك فيطالب المتلف سواء كان هو المالك ام
غيره لان الاتلاف يجري مجرى استرداد المالك جميع المال فيغرم حصة العامل وينتقل هذا
الحق الى الوارث [illegible] والربح وقاية لراس المال فان خسر وربح جبرت الوضيعة بالربح سواء كان
الربح والخسران في مرة واحدة او مرتين وفي صفقة او اثنتين روى اسحق بن عمار عن الكاظم
ع انه سأله عن مال المضاربة قال الربح بينهما والوضيعة على المال وهو دال على المدعى لان المال
يتناول الاصل مع الربح ويقتضي ثبوت هذا الحكم ما دام مال المضاربة فيستمر ما دامت المعاملة
باقية وقد اجمع اهل الاسلام على ذلك قاله في التذكرة لا نعلم في ذلك خلافا ولان الربح هو الفاضل منه
عن راس المال وعلى هذا فلا فرق بين كون الربح والخسران في مرة واحدة او الخسران في صفقة والربح
في اخرى وكذا لا فرق بين كونهما في صفقة واحدة او الربح في صفقة والخسران في اخرى [illegible] نعم

دفع الثمن فاشتري باحدهما سلعة وبالاخرى مثلها فخسرت الاولى وربحت الثانية جبر الخسران
من الربح ولا شي للعامل الا بعد كمال الالفين بيان لصفقتين والحكم ظاهر [illegible] ولو تلف
مال القراض او بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح المراد بدوران
المال في التجارة التصرف فيه بالبيع والشرا. وهنا صورتان احديهما تلف جميع المال وذلك كان
يشتري متاعا يزيد قيمته على اصل المال بان يكون فيه ربح فيتلف منه مقدار راس المال
والثانية تلف بعضه واطلاق المص التلف يتناول التلف بافة سماوية كمرض حادث
وبغصب غاصب وسرقة سارق وغير ذلك وسياتي ان شا الله ذكر ذلك في كلام المص صريحا
وقد جزم بالحكم هنا وفي التحرير وقال في التذكرة انه الاقرب وهو المختار لان الربح وقاية
لراس المال على ما سبق بيانه فما دام راس المال لا يكون موجودا بكماله على وجه ياخذه المالك فلا
ربح ويحتمل ضعيفا العدم لانه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته بخلاف النقصان
الحاصل بالخسران [illegible] ولانه في الغصب والسرقة يحصل الضمان على الغاصب والسارق
ولا حاجة الى جبره بمال القراض وضعفه ظاهر فان كون الربح وقاية لراس المال في القراض
لم يدل دليل على اشتراط الحكم بكون النقص بسبب السوق ولانه لا يعقل وجود الربح مع كون
راس المال ناقصا والكلام في الغصب والسرقة انما هو مع عدم حصول العوض من
الغاصب والسارق [illegible] فهو تلف ومما قررناه يظهر ان دعوى الشارح السيد الاجماع على
جبر التالف من الربح بعد دورانه في التجارة ليس بجيد قوله وكذا لو كان قبل دورانه على
اشكال اي وكذا يحتسب التالف من الربح لو كان التلف قبل دوران المال في التجارة سوا كان
التالف الجميع او البعض فهنا صورتان ايضا على اشكال في الاحتساب ينشا من ان وضع
المضاربة على ان الربح وقاية لراس المال فلا يستحق العامل ربحا الا بعد ان يبقى راس المال
بكماله لانه قد دخل على ذلك ومن عدم دورانه في التجارة لا اثر له في ذلك ومن حيث ان التلف قبل
الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال القراض لان الغرض انه لا بدل له فلا يلزم عوضه
من الربح وهو ضعيف لان المقتضي لكونه مال القراض هو العقد لا دورانه في التجارة
وانما يحتسب التالف من الربح حيث لا يتحقق له بدل فكيف يؤثر عدم وجوب البدل في عدم
الاحتساب والاصح الاول واختاره الشيخ في المبسوط وابن ادريس وقال المص في التحرير وفيه
نظر ضعيف اذا عرفت ذلك فاعلم انه قد يشكل هنا انه اذا تلف جميع مال القراض قبل
دورانه في التجارة لم يبق هناك قراض ليحتسب المال من ربحه لبطلان القراض حينئذ وجه

براس المال م

ان فلک

ان ذلك يتصور فيما اذا اذن المالك للعامل في القراض بان يشتري في الذمة فاشترى
متاعا للقراض في الذمة بقدر مال القراض وتلف المال بغير تفريط قبل الدفع فان البيع لا ينفسخ
بذلك لعدم تعين الثمن ولا يقع الشراء للعامل على اصح القولين وفاقا للشيخ في المبسوط حيث
حكم بان الشراء للمالك اذا كان قبل تلف راس المال بخلاف ما لو كان بعده لانفساخ القراض حينئذ
واختار في الخلاف وقوعه للعامل وهو ضعيف واختار الاول ابن البراج والعلامة في المختلف وهو
الاصح لان العقود تابعة للقصود فحينئذ يجب على المالك دفع الثمن ويكون الجميع مال القراض
سواء كان التلف للمال او للعوض باحتراق او سرقة او نهب او فوات عين او بانخفاض سوق او طرو
عيب تعم للتلف بحيث تستوي جميع افراده في هذا الحكم واراد بتلف المال تلف عين مال القراض
بتلف وزيانه في التجارة بالعوض تلف الحاصل بالتجارة والزيادات العينية كالثمرة والنتاج
محسوبة من الربح وكذا بدل منافع الدواب ومهر وطي الجارية حتى لو وطئ السيد كان مستردا مقدار
العقر اطلق العلامة الحكم بكون هذه محسوبة من الربح هنا وفي التذكرة [illegible] في احتساب مقدار
العقر لو وطئ المالك ويشكل بان المشروط في عقد القراض انما هو الحاصل بالاسترباح بالتجارة
لان وضع عقد القراض على ذلك ومن ثم لو عامله على الاسترباح بالاستنماء ونحوه لم يصح كما سبق
لانه خلاف وضعه حتى لو شرطه في العقد بطل لانه خلاف مقتضاه فكيف يستحق العامل الحصة في هذا
الربح مع انه نماء ملك المالك وانتقال الملك يتوقف على سبب مملك نعم لو كان النماء المذكور بعد ظهور
الربح × اتجه ذلك فان قيل اشتراط الاسترباح بغير التجارة المنافي لوضع القراض انما استحقاق بحوم
عن ربح التجارة فان اشتراطه غير مناف فكما يجوز ان يشترط مال آخر كذا يجوز ان يشترط له من ربح
آخر قلنا اشتراط مال في عقد القراض يجب ان يكون معلوما والا لتجهل العقد به واغتفار جهالة الربح
الذي هو مقصود العقد وبناه عليه لا يقتضي اغتفار جهالة الشرط فان الغرر محذور وتجويز
بعضه بالنص لا يقتضي تجويز كل غرر فان قيل فكيف جاز اشتراط مضاربة اخرى وبضاعة قلنا
هذا في عقد ذاته معاملة سائغة فاذا اشترطت في العقد فلا ابطال ولو سلم جواز اشتراط ذلك فلا
ثم ان اطلاق الحصة من الربح في العقد يتناول هذا القسم فان الربح الواقع في العقد لا عموم له والمتبادر
منه انما هو الربح الحاصل بالعمل الذي هو مقتضى العقد اعني الاسترباح بالتجارة فكيف يجوز
حمله عليه فاطلاق هذا الحكم في غاية الاشكال وقد رجح العلامة في التذكرة ما قلناه حين حكى عن اكثر الشافعية
ان هذا النوع من الربح للمالك خاصة اذا لم يكن المال قد ربح بالتجارة شيئا فنفى عنه الباس وذكر هو

الذي يقتضيه النظر اذا عرفت ذلك فاعلم ان قول المصنف حتى لو وطئ كان مستردًا مقدار العقر يريد
به كونه مستردًا مقدار مهر من المال فيستقر نصيب العامل فيه كما صرح به في التذكرة لكن يشكل بان ذلك
انما يتحقق اذا كان العقر محسوبًا من الربح ورأس المال وفيه نظر ظاهر لان رأس غير شايع فيهما فكيف يكون المال
محسوبًا منهما ولو كان رأس المال مائة فخسر عشرة ثم اخذ المالك عشرة ثم عمل الساعي فربح فرأس المال
ثمانية وثمانون وثمانية اتساع لان الماخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود فالمال في تقدير تسعين
فاذا بسط الخسران وهو عشرة على تسعين اصاب العشرة الماخوذة دينار وتسع فيوضع ذلك من رأس
المال لما ذكرنا من ان المالك اذا وطئ كان مستردًا من المال قدر العقر اراد ان يبين ما يترتب على الاسترداد
من الاحكام باعتبار حصول الربح او الخسران فاما في صورة الخسران فاذا كان رأس المال مائة دينار مثلًا فخسر
عشرة ثم عمل الساعي فربح فلا بد من معرفة قدر رأس المال حينئذ اعني بعد الاسترداد المذكور ليجبر وأخذ المالك بعد الخسران عشرة
خسرانه من الربح وقد ذكر المصنف انه ثمانية وثمانون وثمانية اتساع دينار الموجود منها ثمانون والتالف
بالخسران ثمانية وثمانية اتساع ... الربح لا مجموع الخسران وهو العشرة التالفة وذلك لان الماخوذ
لا ريب انه محسوب من رأس المال فهو كالموجود فله حظ من الخسران لان الخسران من المجموع فالمال الموجود
في تقدير تسعين باحتساب العشرة الماخوذة فاذا بسط الخسران وهو عشرة على تسعين اصاب
كل دينار تسع فنصيب العشرة الماخوذة دينار وتسع فيوضع ذلك اعني الدينار وتسعًا الذي
اصاب العشرة من الخسران مما بقي من رأس المال بعد العشرة وهو تسعون لانه لما استرد العشرة
فكانه استرد نصيبها من الخسران فلا يلزمه بالاسترداد غير استحقاق الجبران لما يصيبها حيث بطل
التراضي بها ... فان اخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لانه اخذ نصف المال فيسقط
نصف الخسران وان اخذ خمسين بقي المال اربعة واربعون واربعة اتساع اي وان اخذ المالك في الصورة
السابقة نصف التسعين الباقية بعد خسران العشرة بقي المال خمسين منها خمسة واربعون موجودة
ويتبعها نصف الخسران وهو خمسة فيجبر من الربح ويتبع النصف الماخوذ نصف الخسران ايضا فيسقط
وان كان ما اخذ خمسين بقي رأس المال اربعة واربعين واربعة اتساع دينار منها اربعون موجودة ولكل
دينار من الخسران تسع وذلك اربعة واربعة اتساع فيجبر من الربح ويسقط خمسة وخمسة اتساع وعلى
هذا القياس والضابط ان تنسب الماخوذ الى الباقي وتاخذ للماخوذ من الخسران بمثل تلك النسبة
لان نسبته حصته من الخسران الى حصة الباقي منه كنسبته الى الباقي وتسقط من اصل رأس المال بمثل تلك
النسبة ويبقى الباقي رأس المال ففي المثال الاول اذا نسبت العشرة الماخوذة الى الباقي تجد

الخسران وهو تسعون كانت تسعًا فيصيب العشرة من الخسران تسع الخسران وهو دينار وتسع
دينار او سقط من المايه تسعها وهو احد عشر دينارًا وتسعًا فالباقي راس المال وعلى هذا
وكذا في طرف الربح ~~نصف وثلث~~ يحسب المأخوذ من راس المال والربح فلو كان المال مايه وربح عشرين
فاخذها المالك بقي راس المال ثلثة وثمانين وثلثا لان المأخوذ سدس المال فينتقص سدس المال
وهو ستة عشر وثلثان وحظها من الربح ثلثة وثلث فيستقر ملك العامل على نصف ربح المأخوذ
وهو درهم وثلثان لخروجه عن كونه وقاية حينئذ ببطلان القراض فيه وضابطه ان ينسب
المأخوذ الى المجموع ويأخذ بتلك النسبة من راس المال ومن الربح الخ ولو انخفضت السوق
وعاد ما في يده الى ثمانين لم يكن للمالك ان يأخذ ليتم له المايه بل للعامل من الثمانين درهم وثلثان
اي لو انخفضت السوق بعد اخذ عشرين وصار جميع ما في يد العامل الى ثمانين لم يكن للمالك اخذ الباقي
وهي الثمانون ليتم له به وبما اخذ اولًا المايه لان نصيب العامل من سدس ربح المأخوذ قد استقر
ملكه عليه وقد اخذه المالك فيأخذ بدله الخ ولو كان قد اخذ نصفين بقي راس المال خمسين لانه اخذ
نصف المال فيبقى نصفه وان اخذ خمسين بقي راس المال ثمانية وخمسين وثلثا لانه اخذ ربع المال
وسدسه فيبقى ثلثه وربعه اي لو كانت قد اخذ خمسين من مجموع مايه وعشرين ستين فالمأخوذ
نصف راس المال ونصف الربح فيستقر ملك العامل على نصف ربح المأخوذ وهو خمسة والباقي
نصف راس المال ~~وسدسه~~ هو خمسون يتعلق بجبرانه الخسران الخ فلو كان قد اخذ خمسين في
ربع المجموع وسدسه فيكون قد اخذ ربع راس المال وسدسه وهو احد واربعون وثلثان ومن
الربح كذلك فيستقر ملك العامل على نصفه ويبقى من اصل المال ثمانية وخمسون وثلث وهي ثلث المال
وربعه فيه راس المال الان الخ فان اخذ منه ستين ثم خسر فصار معه اربعون فردها كان له على
المالك خمسة لان الذي اخذه المالك انفسخت فيه المضاربه فلا يجبر به خسران الباقي لمفارقته
اياه وقد اخذ من الربح عشرة لان سدس ما اخذه ربح اي فان كان الذي اخذه المالك ستين ثم
خسر الباقي عشرين فردها انفسخ القراض فليس للمالك ان يأخذ الباقي ليتم له المايه ويجبر راس المال
بل للعامل نصف ربح المأخوذ لاستقرار ملكه عليه باسترداد نصف المال لانفساخ العقد
في نصف راس المال فاذا خسر النصف الآخر لم يجبر من ربح المأخوذ وهو ظاهر الخ ولو رد
منها عشرين بقي راس المال خمسة وعشرين اي لو رد من الاربعين الباقية بعد الخسران عشرين هي
نصفها فقد سقط نصف الخسران وهو خمسة لان خسران الخمسين عشرة فيبقى راس المال خمسة وعشرين

ولما بان الحكم المترتب على الاسترداد في طرف
الربح وتخفيفه ان ... اذا كان راس المال مايه وربح
عشرين صار المجموع مايه وعشرين فاذا اخذ
المالك عشرين كان ما اخذه سدسا من المجموع
لان المجموع ... راس المال ثلثه وثمانون وثلثا
راس المال والربح ... فيكون سدس عشر
وثلثان ... وسدس راس المال ستة عشر
المال ثلثه وثمانين وثلثا وبطل العقد في
المأخوذ فيستقر ملك العامل على النصف من ربح
المأخوذ وهو درهم وثلثان م م

باعتبار الحصة التي يجب جبرانها من الربح وهي حظ الباقي من الخسران قال ولو دفع الفا مضاربة
فاشترى متاعا يساوي الفين فباعه بهما ثم اشترى عبدا به وضاع الثمن قبل دفعه رجع على المالك
بالفين وخمسماية ودفع من ماله خمسماية على اشكال اي لو دفع المالك الفا مثلا على طريق المضاربة
فاشترى بها متاعا يساوي الفين وباعه بهما فقد ربح الفا فاذا اشترى عبدا به مثلا بالفين
في الذمة لكون المالك قد اذن له ان يشتري لتلك المضاربة في الذمة وهذا وان كان كلام المص
خاليا منه الا انه لا يستقيم بدونه لان الشراء اذا كان بعين الالفين انفسخ العقد بتلفهما ولو
كان في الذمة وهذا من غير اذن من المالك وقف على اجازته فلا يلزمه شيء الا ان يجيز
فلا جرم وجب التقييد بذلك ولو ضاع مال المضاربة الذي يريد دفعه ثمنا لما اشترى
على هذا القصد قبل الدفع لم يبطل البيع قطعا لانه بيع صدر من اهله في محله ولم يقع للعامل
خلافا للشيخ في الخلاف وقد نبهنا على وجهه سابقا بل يقع للمالك والعامل معا اما المالك
فلانه اذن في الشراء في الذمة للمضاربة كان العامل ماذونا في الشراء في الذمة بقدر مال المضاربة
فكل شراء يقع كذلك ولا يكون الثمن زايدا على قدر مال المضاربة يجب ان يقع للمالك فاذا تلف
المال الذي يراد دفع الثمن منه بغير تفريط تعلق بالمالك فوجب عليه بدله ويكون محسوبا من مال المضاربة
لان العقد انما وقع على هذا الوجه وانما قلنا ان العقد يصح لان العامل لم يشرط في العقد اداء الثمن
من هذا المال وانما قصده فيجب على المالك دفع الفين وخمسماية ويدفع العامل خمسماية من ماله على اشكال
ينشأ من انه ملك من الالفين خمسماية من الربح بمقتضى الشرط والشراء انما وقع للمضاربة على قصد ان
يؤدي الثمن من هذا المال فيكون الشراء للمالك هذا المال ونصف الربح فيكون ربع المبيع له فيجب عليه
ربع الثمن ولان اذن المالك في الشراء للمضاربة مقصور على قدر مال المضاربة المملوك له لامتناع
اعتبار اذنه في مال الغير فلا يقع له من الشراء الا مقدار ما يتناوله الاذن والزايد لم ياذن فيه المالك
ولم يقصد به العامل فيجب ان يقع للعامل ومن ان ملك العامل للربح غير مستقر لان الاستقرار
لا يتحقق بمجرد الانضاض من دون الفسخ او القسمة وانما اشترى للمضاربة فيكون مجموع الثمن
لازما للمالك لان الشراء وقع باذنه ولا شيء على العامل ويضعف بان اصل الملك للعامل حصل
بظهور الربح بناء على المختار وعدم الاستقرار لا ينافي اصل الملك ولا يمتنع بالتلف الملك
من اصل شرائه للمضاربة انما يقع للمالك منه بقدر ما يملكه من مال المضاربة لاستحالة ان يؤثر اذنه
في ملك غيره والاصح الاول قال فاذا باعها بثلاثة الاف اخذ العامل ربعها واخذ المالك الباقي راس ماله

اليمن وخمسمايه وكان لبا قيه مجاً بينهما على ما شرطاه هذا حكم المسئلة على احد وجهي الاشكال وهو
المذكور في العبارة اعني وجوب دفع خمسماية من مال العامل ووجهه بعد الاحاطة بما سبق ظاهر
فان المبيع قد استحق العامل بعضه خارجاً عن المضاربة لانه دفع ثمنه من خاص ماله فيستحق ربع الربح
لا بسبب المضاربة وقدره سبعماية وخمسون ويبقى ثلثة ارباعه يجبر منها التالف جزءاً لانه تلف بعد
دورانه في التجارة وهو الف فيكونه راس المال الفين وخمسماية ويبقى الف وسبعماية وخمسون يقتسم بينهما
على ما شرطاه ولو دفع اليه الفاً مضاربة ثم دفع اليه الفاً اخرى مضاربة فاذن في ضم احدهما
الى الآخر قبل التصرف في الاول جاز وصار مضاربة واحدة وان كان بعد التصرف في الاول لم يجز
لاستقرار حكم الاول فربحه وخسرانه مختص به تعليل لعدم الجواز في الفرض الثاني اعني قوله لاستقرار
حكم الاول اي لثبوت حكم كونه قراضاً مستقلاً على وجه الاستقرار بالتصرف الذي هو مقتضاه
هو وجه الفرق بين الفرضين وليس بتام لانتقاضه بما ذكره بقوله فان نقص الاول جاز ضم الثاني
اليه لان مقتضى التعليل ان لا يجوز هنا نظراً الى استقرار حكم الاول بالتصرف وكذا صنع في التذكرة
وتحقيق البحث هنا امران احدهما جواز الضم مع الاذن قبل التصرف ومعه لان الامر العقدين
وان اقتضى اختصاصه بحكمه كالبيعين الا ان القراض لكونه جايزاً يقبل رفع بعض الخصوصيات
لان ذلك منوط بالتراضي فاذا تراضيا على العقدين من حيث انهما عقدان ثم تراضيا على رفع
تلك الخصوصية كان لهما ذلك لان لهما رفع العقد كله فالخصوصية اولى الثاني الفرق بينما اذا كان
الاذن في الضم قبل التصرف وبعده وتحقيقه ان شرط رفع الخصوصية للعقدين كون المال بحيث
يصح لانشاء عقد القراض عليه فاذا كان عروضاً كان مانع الصحة موجوداً فلا يعتد بالاذن
الصادر حينئذ في تصيير العقدين عقداً واحداً لوجود المانع ومن ثم لو نقص فاذن جاز وهل
يعتد بالاذن السابق على الانضاض يلوح من العبارة الاعتداد به وهو مشكل لكان الواقع قد
قبل صيرورة المال نقداً فانه لابد من اعادة العقد بعد ذلك وفي التذكرة قال ولو كان المال الاول
قد نض وقال له المالك ضم الثانية اليه جاز وكان قراضاً واحداً ولم يتعرض الى ما سوى ذلك
نفياً ولا اثباتاً وان لم ياذن في الضم فالاقرب انه ليس له ضمه وجه القرب ان ذلك تصرف
غير ماذون فيه لان كل من المالين تعلق به عقد بخصوصه فاتفقا ان يكون كل منهما قراضاً
مستقلاً وربما تعلق غرض المالك بعدم خلط احد المالين بالآخر فلا يجوز الخلط ويحتمل
ضعيفاً الجواز لاتحاد المالك وجعله بعضاً لعامله مع عدم التصرف في الاول وليس بشيء بل

فينبغي الف وثمانماية وخمسون فتامل

فان نقص الاول جاز ضم الثاني اليه منه

بين م

الاصح المنع فيضمن بالخلط واعلم انه ليس المراد بالضم هنا اشتراكهما في الحكم بحيث يجبر ربح
احدهما خسران الآخر لان المالك لو فسخ المضاربة في ذي الربح لم يكن للعامل جبر خسران الآخر
بربحه ليستحق الحصة من الربح المتجدد خصوصا مع اختلاف الحصة فيهما ولا للمالك ذلك لان
فيه حرمان العامل من هذا الربح قطعا فلا يكون المراد من جواز الضم وعدمه الا الضمان وعدمه
خاصة ولو خسر العامل فدفع الباقي ناضا ثم اعاده المالك اليه بعقد مستانف لم يجبر ربح الثاني
خسران الاول لاختلاف العقدين لان الثاني وقع بعد فسخ الاول لان الغرض ان دفعه اياه
ناضا كان على قصد فسخ القراض وهذا القدر كاف في الفسخ فاذا عقد ثانيا استونفا الحكم
وهل يقوم الحساب مقام القبض الاقرب انه ليس كذلك وجه القرب استصحاب حكم العقد الى ان يحصل
الرافع والحساب لا دلالة له على رفع شيء من الدلالات ويحتمل ضعيفا مساواة القبض في ذلك لا
فادته تعيين حق كل من العامل والمالك والتحقيق ان الحساب بمجرده لا يفيد الفسخ ما لم ينضم اليه
ما يقتضيه الا ان هذا لا يوجد [illegible] فيه بينه وبين غيره فان القسمة لا يقتضي الفسخ بمجردها
من دون ارادة ذلك لما سياتي من قوله ان شاء الله تعالى ان قسمة الربح لا يخرجه عن كونه وقاية
ولا يعقل من القسمة هنا الا تمييز الربح عن راس المال وكذلك استرجاع المال قال المص في التذكرة
عطفا على ايصال الفسخ وباسترجاع المال من العامل لقصد رفع القراض هذا كلامه وهو صريح
في ذلك ومن المعلوم ان العامل لو جعل المال بنضه بيد المالك لم يتقض على الفسخ لامكان كون الغرض
الحفظ الى ان يقتضي غرضا [illegible] وحينئذ لا محصل لقول المص الاقرب انه ليس كذلك لانه ان اراد
به مع القسمة [illegible] وبدونها فلا يتطرق اليه الاحتمال لان الاسترجاع والقسمة اذا لم يقتضيا
الفسخ بمجردهما فالحساب اولى وليس للعامل بعد ظهور الربح اخذ شيء منه بغير اذن
المالك لان الربح وقاية لراس المال عن الخسران ما دامت المعاملة باقية ففيه حق للمالك وربما حدث
الخسران بعد اخذ العامل فاحتيج الى التقاضي وينبغي ان يكون الحكم في المالك ايضا كذلك لان
للعامل حقا في الربح ولا يتميز الا بالقسمة ولتعلق حقه براس المال ما دام حكم العقد باقيا والربح
وقاية له فان نقص قدر الربح واقتسماه بقي راس المال خسرة العامل اقل الامرين وحسب
المالك لان الربح لا يستقر ملك احدهما عليه ما دامت المعاملة باقية فلو نقص قدره او بعضه مجموع
مجموع المال فاقتسما الربح مع بقاء المعاملة وانما لم يذكر المص المذهب الثاني لاحتياجه الى
هذا القيد بخلاف الاول لان الاقرب عنده بقاء حكم المعاملة لوجوب الانضاض على العامل

وهو بقاء المعاملة

كما سيأتي ان شاء الله تعالى فحينئذ فلا عبرة بالقسمة المذكورة فلو خسر بعد المال جبر خسرانه من الربح
المأخوذ فيرد العامل اقل الامرين من المأخوذ والخسران لانه انما يجبر الخسران بما اخذ وقدر
ما احتسب المالك باقل الامرين ايضاً بمعنى انه يحتسب بجميع ذلك لا قل اليه من راس المال فيكون
من المال ما اخذ العامل وما بقي اذا عرفت ذلك فاعلم ان هذا هو تحقيق المقام وهو الظاهر
من عبارة المص في التذكرة حيث قال في هذه المسألة لو حصل خسران بعده كان على العامل جبره بما اخذ
فان المتبادر من قوله بما اخذ مجموعه وفي بعض حواشي شيخنا الشهيد ان المردود هو ما اخذ
العامل عند نسبة المال الى الربح المستقر كما اذا اخذ عشرين من مائة وعشرين وقدر الربح هو المأخوذ
فان المأخوذ في تقدير سدس المال والربح معاً فيستقر ملك العامل على نصف حصته من الربح و
يرد الباقي ويحتسب المالك بمثل ذلك قال ولا يجوز ان يجعل المردود من العامل على تقدير خسران عشرة
عشرة كما يفهمه كثير لانه يناقض ما سلف وما قرره ليس بجيد لان المأخوذ للمالك والعامل انما
اراد به الربح وحيث كان المال منحصراً فيهما كان التمييز والقسمة بين المال برضاهما ولانه لولا ذلك
لم يجز للعامل التصرف فيما اخذه بوجه لاشتماله على بعض المال على حد به ولم يأذن المالك في التصرف
في الحصة من الربح وهو معلوم البطلان لان الاذن اذا وقع على الربح بعنوان شيء شيئاً لم يكن لعدم
تأثيره وجه وما ذكره من مناقضة هذا لما سبق غير واضح لان المأخوذ فيما سبق لم يكن على وجه القسمة
وانما اخذه المالك خاصة فكان شايعاً لا محالة بخلاف ما هنا وان امتنع احدهما من القسمة لم يجبر
الآخر عليها وفي بعض النسخ اجبر عليها وكلاهما صحيح والمعنى انه اذا اراد احدهما قسمة الربح مع
بقاء المعاملة فامتنع الآخر لم يجبر الممتنع اما اذا كان المريد للقسمة العامل فظاهر لان الربح
وقاية لراس المال فلو اقتسما الامر بالمال لاحتمال تجدد الخسران واما اذا كان المريد للقسمة المالك
فلان للعامل لا يأمن ان يظهر الخسران وقد اخرج ما وصل اليه فيحتاج الى غرم ما حصل له
بالقسمة وذلك ضرر بل توجه المطالبة اليه بمجردها ضرر ولا يصح ان يشتري العامل من
المالك شيئاً من مال القراض لانه ماله ~~فله ان يقول لا ادفع اليك شيئاً من الربح حتى يتم لي راس المال~~
فلا يعقل شراؤه ولو ظهر ربح لم يبعد شراء حق العامل وان كان متزلزلاً فان المانع انما هو
حق المالك فلو تجدد خسران امكن القول بالبطلان ولم اجد تصريحاً بذلك فينبغي التوقف
ولا ان يأخذ منه بالشفعة وذلك حيث شريكاً بالشقص المشترى للقراض لانه ملكه فكيف يأخذ
من نفسه ولو ظهر ربح حال الشراء فقد سبق ان اثبات الشفعة يحتمل بظهور منع العامل من

فيه انما اذن في التصرف م

فلان يقول لا ادفع الا [illegible] الربح حتى [illegible]

يكون م

الحصة من الربح ولان عبد القن ويجوز من المكاتب والشريك فتصح في نصيب شريكه اي ولا يصح
ان يشتري الانسان من عبده القن سواء كان ماذونا له في التجارة ام لا وسواء كان عليه دين
ام لا وحكى الشيخ في المبسوط قولا انه اذا ركبت العبد الديون جاز للسيد الشراء منه وحكاه في التذكرة
عن بعض الشافعية لانه لاحق للسيد فيه وانما هو حق للغرماء وفساده ظاهر فان استحقاق الغرماء
اياه لا يقتضي خروجه عن ملك السيد فياخذه السيد بقيمته كما يدفع قيمة العبد الجاني ولا
يعد بيعا بخلاف المكاتب فان سلطنة السيد قد انقطعت عنه وحكم بان ما في يده له ولهذا لو
انعتق لم يكن للسيد مما في يده شيء فيجوز الشراء منه والاخذ بالشفعة ولا يخفى ان حكم العبد والمكاتب
ليس من احكام القراض في شيء وانما وقع استطرادا وكما يجوز الشراء من المكاتب يجوز من العامل
لكن في نصيبه لا في نصيب المالك لما عرفت من امتناع شراء الانسان مال نفسه وكذا ياخذ من العامل
بالشفعة لو اشترى لنفسه شقصا بشركة المالك ولو كان الذي للمالك من مال القراض ولا يتناول
العبارة هذا الفرض الا بتكلف بعيد واعلم ان الضمير في قوله شريكه يعود الى المالك والمراد في نصيب
الشريك المذكور وانما لم يقل في نصيبه خوفا من توهم عود هذا الضمير الى المالك لان المسوق له
الكلام وهو غلط وللعامل ان يشتري من مال المضاربة وان ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه
المراد انه اذا لم يكن ربح ظاهرا في وقت الشراء بناء على انه يملك بالظهور لامتناع شرائه ملك نفسه
وان كان متزلزلا اما اذا لم يكن ثم ربح فان المال للغير فيجوز شراؤه قطعا وما يتجدد من الربح فهو له
ولا يخفى ان شراءه من المالك او من نفسه بالاذن جائز مع عدمه ينبغي ان يجعل في ذلك كالوكيل وسياتي حكمه ان شاء الله تعالى وينفسخ بموت احدهما وجنونه وكذا اغمائه والحجر عليه للسفه
او على المالك خاصة للفلس لان الحجر على العامل للفلس لا يخرجه عن اهلية التصرف في مال الغير بالنيابة
وانما حكم بالانفساخ في هذه المواضع لان القراض عقد جائز من الطرفين متضمن معنى التوكيل فيبطل
بخروج المكلف عن اهلية الاستنابة والعامل عن اهلية النيابة واذا انفسخ القراض والمال ناض
ولا ربح فيه اخذه المالك ولا شيء للعامل ببطلان القراض فقد يكون بفسخ المالك او العامل او بفسخهما
او بعروض ما يقتضي الانفساخ وعلى كل واحد من هذه التقديرات اما ان يكون المال ناضا ولا
ربح فيه او فيه ربح او عروضا فيه ربح ولو بالقوة لوجود من يشتري بزيادة عن القيمة فهذه اقسام المسئلة
وسياتي احكامها ان شاء الله تعالى فان كان المال ناضا ولا ربح فيه اخذه المالك ولا شيء للعامل
لان حصته انما هي الحصة من الربح على تقدير حصوله لكن هذا انما هو اذا لم يكن الفسخ من المالك لانه حينئذ

الفصل الثالث في التفاسخ والتنازع القراض عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخه سواء نض المال او كان به عروض

الشريك

فيبطل

اولا

لا تفويت من المالك لعوض عمل العامل ولم يلتزم له بغير اعطاء الحصة من الربح وقد فاتت لان تبدله فلا شيء له اما اذا كان الفسخ من المالك فيأتي حكمه ان شاء الله تع قال وان كان ربح قسم على الشرط لوجوب الوفاء بالعقد قال وان انفسخ وبالمال عروض فان ظهر فيه ربح فطلب العامل بيعه او وجد زبونا يحصل له ربح ببيعه عليه اجبر المالك على اجابته على اشكال اي اذا انفسخ بنفسه لطرو جنون ونحوه او فسخه احدهما والمال عروض سواء كان كله او بعضه فان ظهر فيه ربح وطلب العامل بيعه ففي وجوب الاجابة على المالك اشكال ولو لم يكن فيه ربح لكن وجد العامل زبونا يحصل الربح ببيعه عليه ففي وجوب الاجابة اشكال ايضا ومنشأ الاشكال الاول من ان وصول العامل الى حقه متصور من دون البيع بان يقتسما العروض فلا يكلف المالك الاجابة الى البيع بعد الفسخ ولان حال العامل لا يزيد على حال الشريك ومعلوم انه لا يكلف البيع لاجله ومن وجوب تمكين العامل من الوصول الى عوض عمله الواقع بالاذن وربما لم يوجد راغب في شراء بعض العروض او لم يبع الا بنقصان او رجي وجود زبون يشتري بازيد من القيمة ولا ريب ان للعامل مزية على الشريك لانه يستحق الوصول الى عوض عمله هذا على القول بانه يملك بالظهور ولو قلنا بانه انما يملك بالانضاض فمنشأ الاشكال من انه لا حق له الآن في العين فلا يستحق التسلط على بيعها ومن انه متمكن ان يملك لان المقتضي ظهور الربح فله المطالبة بما يتوقف عليه حق الملك لصدور عمله بالاذن ومنشأ الاشكال الثاني من صدور عمله بالاذن في مقابل العوض وقد امكن الوصول الى العوض بالبيع فيجب التمكين منه ومن ان ذلك ليس ربحا لان الربح هو الزيادة الحاصلة بالتقويم وقد يكون حصولها بسبب خصوص العين لوجود راغب فيها بزيادة عن قيمتها فيجب ان يستحق فيه الحصة لوجودها بالقوة القريبة واذ لم يكن من الربح الى حين الفسخ لا انما يتجدد بعد وفيه نظر لان الربح مطلق الزيادة وهذا الربح موجود بالقوة القريبة فلا يكون كغيره والذي ينساق اليه النظر وجوب التمكين من البيع مع توقف حصول الغاية للعامل عليه اما الحصول الزيادة بسببه او لانه لا يوجد راغب في شراء حصة العامل منه على تقدير ظهور الربح كما لو كانت العروض سيفا ونحوه اذا عرفت ذلك فاعلم ان موضع الاشكال ما اذا طلب العامل البيع في الحال اما اذا طلب تاخيره الى موسم رواج المتاع فليس له ذلك قطعا للضرر الحاصل على المالك واعلم ان الزبون بفتح اوله هو الراغب في الشراء وكانه مولد وليس من كلام العرب قال وان لم يظهر ربح ولا زبون لم يجبر المالك لانه لا حق للعامل حينئذ اصلا قال ولو طلب المالك بيعه

التمكين من الوصول م

من البيع الذي يتوقف حصولها عليه واما الزيادة التي لا تعد ربحا ولو هو زيادة الى المالك العوض ولو عدد ربحا لم يستحق لانه انما يستحق ص

فان لم يكن ربح او كان واسقط العامل حقه منه فالاقرب اجباره على البيع ليرد المال
كما اخذ البحث هنا في مسئلتين آ اذا لم يكن ربح ووجه التقريب ما نبه عليه المص وهو وجوب
رد المال كما اخذ لظاهر قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولانه هو الذي احدث
التغير في راس المال فيجب رده الى ما كان وفيه نظر لان الحديث ان دل فانما يدل على رد المأخوذ امانة
على ما كان عليه فلا دلالة له عليه والتغيير انما حدث باذن المالك وامره والاصل براءة الذمة
من وجوب العمل بعد ارتفاع العقد وقد يقال العقد اقتضى الاذن في التقليب في التجارة بالشراء
والبيع ليحصل الربح فاذا اشترى كان عليه ان يبيع لان الاذن انما وقع على هذا الوجه وهو محل
تامل ب ان يكون ربح ويسقط العامل حقه منه فان الاقرب عند المص اجباره على البيع ايضا
ووجه القرب يستفاد مما سبق ويدل عليه ما ورد هناك لكن بقي شيء وهو ان مقتضى العبارة
سقوط حق العامل من الربح بالاسقاط وهو واضح على القول بانه انما يملك بالانضاض او القسمة لانه ح
لم يملك وانما يملك ان يملك [illegible] الاسقاط كالشفيع والغانم اما على القول بانه يملك بالظهور فغير واضح
لان الملك المتحقق لا يزول بالاعراض ولا يسقط بالاسقاط بل انما يزول بالسبب الناقل ولا فرق
في ذلك بين كون الملك مستقرا او متزلزلا وهو الذي يستفاد من كلام المص في التذكرة وقد زعم
الشارح الفاضل انه بناء على القول بالملك بالظهور يحتمل السقوط بالاعراض وليس بشيء وانما
اوقعه في هذا الوهم ما يتبادر من العبارة ويمكن تنزيلها على ما لا منافاة بينه وبين مختار المص
سابقا من ملك [illegible] بالظهور بالحمل على ارادة المسقط الشرعي في الجملة فعلى القول بالملك
بالظهور يراد بالمسقط البيع والتمليك ونحوهما وعلى غيره يكفي الاعراض فلا منافاة في العبارة
اصلا اذا عرفت ذلك فاعلم ان المص قد جزم بوجوب البيع على العامل مع الربح اذا طلب المالك واجابه
عليه حيث قال وكذا يجبر مع الربح وبه صرح في التذكرة ولم يفرق بينه وبين عدم الربح صعوبة ويمكن
ان يقال الفرق انه انما استحق الربح في مقابل العمل المأذون فيه وهو الشراء والبيع فيجب عليه القيام
ولان في الانضاض مشقة ومؤنة فلا يناسب هذا العامل الحقه وجعل تلك المشقة على المالك والمسئلة
موضع تامل فيتوقف الى ان يظهر الوجه x واطلق صاحب الشرائع القول بعدم وجوب الانضاض
لو طلبه المالك وكذا المص في التحرير ولو نض قدر المال ورده العامل لم يجبر على انضاض الباقي راس م
وكانا شريكين فيه لان المأخوذ هو راس المال فهو الذي يجب رده كما اخذ دون الباقي
عروضا ولو رده ذهبا وراس المال فضة وجب الرد الى الجنس انما طلب المالك بناء على وجوب البيع

على العامل

على العامل لو طلبه المالك ومثله ما لو كان الحاصل دراهم مكسرة ورأس المال صحاحاً او كان الحاصل
نقداً مخالفاً لنقد رأس المال والكلام هنا كالكلام فيما سبق ـــ واذا فسخ المالك القراض ففي
استحقاق العامل اجرة المثل الى ذلك الوقت نظر ينشأ من انه عمل محترم صدر باذن المالك لا على
وجه التبرع بل في مقابل الحصة وقد تعذر الوصول اليها بفسخ المالك قبل ظهور الربح فيستحق اجرة
المثل لحجز الفسخ لعدم العلم بالمقدر ومن انه رضي بالعمل في مقابل الحصة على تقدير وجودها فلم
توجد فلا شيء له × والمالك مسلط على الفسخ في كل زمان فلا يستحق شيئاً ويضعف بان المالك اذن له
في العمل في مقابل الحصة من الربح على تقدير حصوله وذلك يقتضي عدم العزل قبله فاذا خالف فعزله
قبله فقد فوت عليه الحصة فيجب عليه اجرة مثل عمله كما سبق في الجعالة اذا عزله بعد الشروع
في العمل وينبغي ان يكون محل هذا ما اذا وقع العزل بعد الشروع بالعمل قبل الشراء او بعده وقبل ظهور
الربح فلو اشترى وباع ونضّ المال ولم يربح فان احتمل شيء الآن بعيد اذ لم يفوت المالك بالعزل حينئذ
قيل يفرق بين ما اذا كانت المضاربة مؤجلة باجل فعزله قبل الاجل فتجب اجرة المثل هنا حيث
لا ربح على كل تقدير ام لا يحتمل الفرق لانه ربما كان الربح مظنون قابلية في آخر المدة فاذا عزله المالك قبل
الآخر فقد فوت عليه ما عمل لرجاء حصوله فايته هل يتوقف فسخ المالك العامل بتقاضيه وان لم يظهر
ربح ذكر ذلك الشيخ والجماعة وظاهرهم عدم تطرق الاحتمال اليه ووجهه في التذكرة بان المضاربة
تقتضي رد المال على صفته والديون لا تجري مجرى المال فوجب عليه ان ينض اذا امكن كما لو كانت عروضاً رأس م
فانه يجب عليه بيعها فانه لا يملكه ان الدين ملك ناقص والذي اخذه كان ملكاً تاماً فليرد كما اخذ
ويرد عليه منع كون مقتضى المضاربة ما ذكر وان القبض انما هو بالاذن من المالك ولا اصالة
البقاء من وجوب التقاضي وفي الحواشي المنسوبة الى شيخنا الشهيد انه يحتمل العدم والحق ان وجوب
التقاضي هنا المهرب وجوب البيع فيما سبق اذ لا يصدق الاداء ونه على اليد ما اخذت حتى
تؤدي فان قيل كيف يجب الاداء مع الاذن في الادانة قلنا لا ريب ان المالك لم يرض في الادانة الا على
تقدير الاستيفاء فيكون لازماً مقتضى ذلك ويتقيد الخبر وبه يظهر قوة وجوب البيع لو طلبه المالك
حيث يكون المال عروضاً اذا عرفت ذلك فاعلم ان البيع نسيئة قد سبق عدم جوازه بدون الاذن
فلا يتصور كون المال ديناً الا باذن المالك ـــ ولو مات المالك فلورثته مطالبة العامل بالتنضيض
الحكم هنا كالحكم فيما اذا حصل الفسخ في حال الحياة ويجب على الوارث اجابة العامل الى البيع حيث يجب على
المالك ذلك وبه صرح المصنف في التذكرة وان كان آخر كلامه يشعر بتردد له ـــ ويجب عقد القراض ان

شنام

وينبغي ان يكون الكلام في محل الكلام من عدم علمه بالعزل ام لا ام لم احد الآن ...
واذا انفسخ والمال دين ... الوكيل ... وجب على العامل ... صح

وكان المال ناضاً او لا فلا لان انشاء عقد القراض انما يصح اذا كان المال دراهم او دنانير كما سبق وما علم
انه يوجد في كثير من النسخ ان كان المال ناضاً نقداً واحترز بالناض عن الدين وبالنقد عن العروض
وانما لم يكتف بالنقد لان الدين قد يصدق عليه النقد لانه ليس بعروض ولو مات العامل فللمالك
تقريره اي الوارث على العقد ان كان المال نقداً والا فلا المراد من تقريره انشاؤه واطلق عليه اسم التقرير
توسعاً فان العقد الاول قد بطل بموت العامل لانه ينفسخ بموت كل من العامل والمالك فمن ثم اشترط
ان يكون المال ناضاً وكذا غيره من شروط انشاء القراض وهل ينعقد القراض هنا بلفظ التقرير
اشكال المراد ايقاع العقد بلفظ التقرير على قصد الانشاء وصورته ان يقول تركتكما او قررتك
على ما كنت عليه ونحو ذلك ومنشأ الاشكال ان التقرير معناه استدامة العقد السابق وهذا
المعنى منتف هنا لبطلان السابق بالموت واستعماله في انشاء عقد خروج عن موضوعه والعقود
لا تنعقد بالكنايات ومن ان القراض ينعقد بكل لفظ يدل على المعنى المراد كما تقدم لانه من العقود
الجائزة ويتسامح في الجائزة بما لا يتسامح به في اللازمة ويفرق فان قيل استحقاق العامل الحصة من الربح
موقوف على الصيغة الشرعية قلنا لما اتفقوا على ان العقود الجائزة لا يتعين لها لفظ كان ذلك صيغة
شرعية ولو لا ذلك لم ينعقد الوكالة مثلاً بكل لفظ دل على الاستنابة في التصرف مع انها تجري الى لزوم
التصرف كبيع الوكيل ونحوه واذا مات المالك قدمت حصة العامل على غرمائه الظاهر انه لا خلاف
في هذا الحكم ووجهه يتم على القول بانه يملك الحصة بالظهور واما على الاقوال الاخر فلانه قد ملك
ان يملك فتتعلق حقه بالعين فوجب ان يقدم كحق الجناية والرهن ولو مات العامل ولم يعرف
بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتاً في ذمته وصاحبه اسوة الغرماء على اشكال يحتمل ان
يكون الاشكال في اصل الضمان وهو الذي فهمه الشارحان ومنشأه حينئذ من ان الاصل بقاء المال
الى ان يعلم تلفه بغير تفريط والفرض انه لم يعلم ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي فكان انتم هذا
الوجه وجب ان يقدم صاحب مال المضاربة على الغرماء لانه ليس بدين يكون محله الذمة وانما الذي
يقتضيه سوق هذا الدليل بعد تمامه ان يكون في جملة ماله ولم يعلم عينه فيكون مالكه كالشريك ومن
انه امانة والاصل عدم التفريط فلا يكون مضموناً او لان الاصل براءة الذمة ايضاً ولم يوجد بعينه ولم
يعلم كونه في جملة التركة والاصل عدمه واصالة بقائه لا يقتضي كونه من جملتها فلا يستحق صاحبه شيئاً
من التركة ويحتمل ان يكون الاشكال في كون صاحبه اسوة الغرماء او يتقدم بقدر المال وهو المتبادر
الى الفهم من عبارة الكتاب ومنشأه من اصالة بقائه فاذا لم يعلم عينه كان صاحبه كالشريك ومن

ان المال

ان العامل يصير ضامناً بترك الوصية فاذا لم توجد العين كان ذلك بمنزلة التلف اذ لا فرق بين ان يكون
الضمان للحيلولة فيصير صاحبه من جملة الغرماء وقد روى السكوني عن الصادق عن الباقر عليه السلام
عن ابائه عن علي عليه السلام انه كان يقول في من يموت وعنده مال المضاربة قال ان سماه بعينه قبل موته
فقال هذا لفلان فهو له وان مات ولم يذكره فهو اسوة الغرماء والتحقيق انه ان علم بقاء المال في جملة
التركة ولم يعلم عينه بخصوصها فصاحبه كالشريك على ما سيأتي في كلام المصنف وان علم بتلفه بتفريط
او نقله الى مكان آخر بغير اذن المالك حيث يتوقف على الاذن او علم بقاءه الى زمان الموت ولم
يعلم الحال بعد ذلك وفرض العامل بترك الوصية فصاحبه اسوة الغرماء لثبوت العوض في ذمة
العامل وعليه تنزل الرواية وان لم يعلم كون المال في جملة التركة ولا وجد سبب يقتضي الضمان
فلا شيء للمالك لان الاصل براءة الذمة واستحقاقه لشيء من التركة موقوف على وجود سببه ومجرد
حصول المضاربة في الجملة لا يصلح للسببية لان ذلك اما باعتبار ثبوته في الذمة وهو فرع التقصير
والاصل عدمه او كونه من جملة اعيان التركة والاصل عدمه ايضا وهذا احسان ح يكفي في العلم
ببقاء مال المضاربة اعتراف العامل به وشهادة عدلين ولا يبعد الاستناد في ذلك الى وجود
الشواهد القوية لانها المرجع في الحقيقة بالنسبة الى الامرين الاولين لان اعتراف العامل قبل الموت
لا ينفي احتمال تجدد التلف وشهادة العدلين المستندة الى العلم المتقدم لا يندفع بها الاحتمال
البعيد ب اذا علم كون المضاربة في جملة الاموال التي بيده وتجدد البيع والشراء بالجميع ثم
طرأ الموت ولم يعلم كيفية الحال لكن وجد ما اشتراه ففي الحكم هنا تردد ينشأ من وجود المقتضي
للاستحقاق لان مال المضاربة قد كان من جملة هذه الاموال والاصل بقاء ذلك ومن امكان عروض
التلف للمضاربة بغير تفريط ويضعف هنا بان الامكان المذكور منفي باصالة البقاء واصالة
بقاء ذلك ولو وجد شيء من الشواهد القوية المفيدة للتلف او البقاء لم يكن الرجوع اليها بذلك
البعيد لانها لا تقصر عن الظاهر فيتأيد دليل احد الجانبين بها وان عرف قدم وان جهلت
عينه لانه كالشريك ... واذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة فان اشترى بعد ذلك
للمضاربة فالثمن عليه وهو لازم له سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن او جهله اي اذا
تلف جميع المال ولا ريب ان تلفه قبل الشراء موجب لانفساخ المضاربة لانتفاء متعلقها وانما
قيد بقوله قبل الشراء لان تلفه اذا كان بعد الشراء وكان قد اذن له بالشراء في الذمة فاشترى
بها للمضاربة غير مقتض للبطلان بل يجب على المالك الثمن كما سبق وسيأتي في كلام المصنف

تلفه م

لمال م

بقاء الاستحقاق لا على تلك الاموال الى
ان يعلم المسقط ولان يد العامل على
الاموال التي بيده تدل على ملك مجموعها والاصل
تلك الاموال
صح

رب المال ان شاء الله وفي الصورة الاولى اذا اشترى بعد التلف فالثمن عليه سواء علم بتلف مال
المضاربة قبل دفع الثمن من ماله او لم يعلم لان انفساخ عقد المضاربة يمنع من وقوع البيع لها
والجهل بالحال لا يقدح لكن ينبغي تقييد ذلك بما اذا لم يصرح في العقد بالشراء للمضاربة او
للمالك فانه ح يجب ان يكون الشراء باطلاً اذا لم يجز المالك قوله ولو اجازه رب المال احتمل صيرورة
الثمن عليه اي لو اشترى العامل للمضاربة بعد تلف المال اما باللفظ او بالنية واجاز رب
المال احتمل صيرورة الثمن على رب المال لان الشراء للمضاربة شراء لرب المال فاذا صادف انفساخ
المضاربة وقف على اجازة المالك ويحتمل العدم لان عقد المضاربة قد بطل فلا يصح الشراء
لها والاجازة لا تصير الفاسد صحيحًا ولان الثمن قد ثبت على العامل فلا ينتقل الى المالك بمجرد
الاجازة هذا محصل ما ذكره الشارحان وفيه نظر لانه لو تم ذلك لوجب ان يبطل الشراء اصلاً
ورأسًا لانه انما وقع للمضاربة اذ هو المفروض فان لم يصح لها لم يصح اصلاً غاية ما في الباب انه
اذا لم يصرح في العقد بالشراء للمضاربة لم يقبل قوله على البائع في بطلان البيع ولا ريب ان الحكم
بلزوم الثمن له مناف لبطلان البيع وقد جزم به المص فينتفي البطلان فيلزم ح صيرورة
الثمن على المالك بالاجازة لان الشراء انما وقع له لامتناع وقوع الشراء للمضاربة من دون
كونه للمالك وامتناع المضاربة لا يقدح في صحة الشراء والا لم يقع للعامل مع عدم اجازة فعلى المالك ٢
هذا لا يستقيم نفي المص صيرورة الثمن على المالك باجازة البيع وفي بعض النسخ زيادة
وهي وبقاء المضاربة ويكون الاحتمال ح في بقاء المضاربة وهي المطابق لما في التذكرة فانه
قال فيها فان اشتراه بعد ذلك للمضاربة كان لازمًا له ثم قال الا ان يجيز المالك الشراء فان
اجازه احتمل ان يكون قراضًا كما لو لم يتلف المال وعدمه كما لو لم ياخذ شيئًا من المال هذا كلامه
وهو كالصريح في الجزم بصحة العقد والتردد في بقاء المضاربة ولا شك في ضعف هذا
الاحتمال لان ذلك لا يعد استئناف عقد ما لمضاربة لا يتحقق بدونه قوله فان اشترى
للمضاربة فتلف الثمن قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق وعلى المالك الثمن وهل
يحسب التالف من راس المال نظر هذا ان كان المالك اذن في الشراء في الذمة والا كان الثمن
لازمًا للعامل والشراء له ان لم يذكر المالك والا بطل البيع ولا يلزم الثمن احدهما اي فان اشترى
للمضاربة فتلف الثمن قبل نقده وبعد الشراء فالشراء للمضاربة لا محالة لان العقود تابعة
للقصود وحين صدور العقد كانت المضاربة متحققة فلا يبطل العقد بتلف المال لوقوع الشراء

فهل يجب على المالك الثمن لان عقد المضاربة تعلق بالمبيع وانتقل الى ملك المالك فوجب
عليه ثمنه وهل يجب للتالف منه ربحا للعامل حيث انه لم يؤذن في التجارة فيه نظر عند المص
وسبق في كلامه في الفصل الرابع ان فيه اشكالا ويقوى ان الاصح انه يجب ولا يخفى ان
هذا انما هو اذا اذن المالك في الشراء في الذمة في المضاربة فان لم يكن اذن فاشترى في الذمة
ناويا المالك ولم يجز الشراء فالثمن لازم للعامل والشراء له وان اجاز وقع الشراء له ولولا
تدنوي المضاربة ح امكن بقاء المضاربة لتباينها حال الشراء ويقوى ان الاجازة ان
كانت قبل تلف المال يقع للمضاربة والا فلا ولو ذكر العامل المالك في العقد ولم يجز بطل البيع
ولم يلزم الثمن احدهما كذا ينبغي ان يكون الحكم لو نوى بالشراء المالك ولم يجز وصدقه على ذلك
البايع ولا يخفى انه لو كان الشراء بعين المال فتلف قبل التسليم بطل البيع لان الاثمان تتعين
بالتعيين وتبطل المضاربة ح ولو اشترى بالثمن عبدين فمات احدهما كان تلفه من
الربح ولو ماتا معا انفسخت المضاربة لزوال مالها ح فان دفع اليه المالك شيئا آخر كان
الثاني راس المال [illegible] ولم يضم الى المضاربة الاولى اما ان تلف العبد من
الربح فظاهر لانه بعض راس المال واما انه اذا دفع المالك شيئا آخر يكون المدفوع راس
المال فلانه قراض مستانف بعد انفساخ الاول فلا يضم اليه وينفذ تصرف العامل في
المضاربة الفاسدة بمجرد الاذن كالوكيل والربح باجمعه للمالك وعليه اجرة المثل للعامل
سواء ظهر ربح اولا الا ان يرضى العامل بالسعي مجانا كان يقول له قارضتك والربح كله لي
فلا اجرة له ح اعترض المص في التذكرة على نفوذ تصرف العامل في الفاسدة بالاذن الواقع
في العقد الفاسد بانه اذا باع بيعا فاسدا وتصرف المشتري لم ينفذ فما الفرق ثم اجاب بالفرق
بان المشتري انما يتصرف من جهة الملك ولم يحصل له بخلاف العامل حتى ان البايع لو اذن للمشتري
في التصرف وكان العقد فاسدا لم ينفذ ذلك الاذن ايضا لان اذنه بناء على انتقال الملك
اليه فاذا لم يملك لم يصح وهنا اذن له في التصرف في ملك نفسه فينفذ والشرط الفاسد لم
تكن في مقابلة الاذن ولقايل ان يقول ان الاذن لم يقع الا على ذلك الوجه المخصوص المعين
وقد انتفى لكونه فاسدا فينتفي ما تضمنه من الاذن ويمكن ان ينقح البحث بان العقد الفاسد يتضمن
الاذن في التصرف واستحقاق الحصة على ذلك الوجه المخصوص فاذا انتفى احد الامرين يجب ان يبقى
الآخر الا ان هذا لا يتم لاقتضائه اختصاص الفساد بالشرط الفاسد دون غيره ويضعف ان

الشرط محسوب مع الحصة او في مقابلتها وبطلان احدى الجزئين والمتقابلين يقتضي بطلان
الباقي بخلاف الاذن اذ ليس في مقابلته شيء وعلى كل حال فالظاهر انه لا خلاف في نفوذ التصرف
واما استحقاق اجرة المثل فلان العمل الصادر لم يكن تبرعا ولم يكن في مقابلته استحقاق
عوض معين فيجب اجرة المثل ولان الفساد في العقد يوجب رد كل من العوضين الى صاحبه
والعمل يتعذر رده لتلفه فيجب قيمته وهي اجرة المثل قيل المشروط في مقابل ذلك العمل
الحصة من الربح على تقدير ظهوره ففي صورة انتفاء الربح يجب ان لا يستحق اجرة مع الفساد
لانه لا شيء في مقابله قلنا لا ريب ان العمل مع الفساد مقابل بالربح في العقد والربح
مرجو الحصول في الجملة فلم يقع تبرعا في حال من الاحوال غاية ما يقال ان عوضه يجب ان يكون
منحصرا في الربح لكن ذلك انما هو على تقدير صحة العقد اما على تقدير الفساد فيجب اجرة المثل
وقد بقي هنا شيء وهو انه لا فرق في نفوذ التصرف واستحقاق اجرة المثل بين كون العامل
عالما بالفساد او لا وهذا يتمشى في نفوذ التصرف نظرا الى حصول الاذن اما استحقاق الا
جرة مع علمه بالفساد حين العمل ففيه تامل وكذا في الاجارة الفاسدة والمراد ذكر
الان تصريحا في كلامهم بالتفصيل في ذلك نفيا ولا اثباتا لكن عباراتهم مطلقة باستحقاق
الاجرة فيجب التثبت في ذلك اذا عرفت هذا فاعلم ان استحقاق الاجرة انما هو اذا لم يرض بالعمل
مجانا فان رضي به كذلك فلا اجرة له كما ذكره المص خلافا للشيخ في المبسوط وقد سبق
التنبيه عليه قوله والعامل امين لا يضمن ما يتلف الا بتعد او تفريط سواء كان العقد صحيحا او
فاسدا اما ان عامل القراض امين فلا خلاف فيه كما يظهر من تتبع كلامهم وفي بعض الاخبار دلالة
عليه واما انه لا فرق في ذلك بين كون العقد صحيحا او فاسدا فلما عرفت من ان كل عقد لا يضمن
بصحيحه لا يضمن بفاسده قوله والقول قوله مع اليمين في قدر راس المال او تلفه وعدم التفريط
وحصول الخسران وابتياع الشيء لنفسه او للمضاربة وقدر الربح وعدم النهي عن شراء العبد مثلا
لو ادعاه المالك خلافا للمص الحكم بتقديم قول العامل مع اليمين في قدر راس المال بناء على ما سيأتي
في كلام المص الا انه يريد هنا تقديره فيما عدا صورة الاشكال وهي ما اذا كان ربح ولا يخفى
ما فيه واما تقديم قوله في التلف فلانه امين فيقدم قوله فيه كغيره من الامناء ولان الحكم
في الغاصب كذلك فالعامل اولى ولا فرق بين ان يدعي سببا خفيا او ظاهرا يمكن اقامة
البينة عليه او لا يذكر سببا اصلا خلافا للشافعي وكذا يقدم قوله في عدم التفريط لانه منكر

لان كل من اوفى لا على وجه التبرع وجب له اجرة المثل

وكذا يقدم

وكذا يقدم قوله في حصول الخسران لانه في الحقيقة في معنى التلف هذا اذا كانت دعوى
الخسران في موضع يحتمل بان تعرض في الاسواق كساد ولو لم يحتمل لم يقبل ذكر ذلك في التذكرة
وهو حسن وكذا يقدم قوله في ابتياع الشراء لنفسه او للمضاربة لان الاختلاف في نيته وهو
ابصر بها ولا تعلم الا من قبله ويقع دعواه الشراء لنفسه في صورة حصول الربح ودعوى الشراء الربح م
~~للمضاربة في صورة حصول الخسران ونحو ذلك وهو ابصر بها ولا تعلم الا من قبله ويقع دعوى الشراء~~
~~لنفسه في صورة حصول الربح ودعواه الشراء للمضاربة في صورة حصول الخسران ونحو ذلك~~
وكذا يقدم قوله في قدر الربح لو اختلفا في زيادته ونقصانه لانه منكر للزائد وكذا القول فيما لو
تصادقا على الاذن في شرائهن كعبد مثلاً ثم ادعى المالك النهي عنه بعد ذلك فان القول قول
العامل بيمينه لانه منكر واعلم ان الضمير في قوله لو ادعاه يعود الى النهي والانسب
تقديم قول المالك في الرد وتقدم الاذن بالنسبة وعدم الاذن في شراء بعض ونحوه نصيب
العامل من الربح اذا اختلف المالك والعامل في رد مال المضاربة على المالك فادعاه العامل وانكره العامل م
المالك فللاصحاب في تقديم قول ايهما قولان اقربهما عند المص وهو الاصح تقديم قول المالك بيمينه
لانه منكر والعامل مدع فيندرجان في عموم قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على
من انكر وثبوت التخصيص في بعض الصور كدعوى التلف لا يقتضي ثبوته مطلقاً وقوفاً
مع الدليل وقال الشيخ في المبسوط يقدم قول العامل لانه امين كالمستودع ولما قدم تقديم قوله
في التلف ويضعف بالفرق بينه وبين المستودع فانه قبض لنفع نفسه والمستودع انما قبض لمحض
نفع المالك فلا يناسب مواخذته بعدم تقديم قوله لما فيه من الضرر اذا عرفت ذلك فهنا سوال
وهو انا اذا قدمنا قول المالك في عدم الرد يلزم تخليد حبس العامل لانه بدعواه الرد ان كان
في الواقع صادقاً امتنع اخذ المال منه مرة اخرى لانه ليس عنده وان كان كاذباً فظاهر الحال انه لا
يظهر تكذيب نفسه فيلزم تخليد حبسه في كثير من الصور الا ان يحمل كلامهم على ان الواجب حبسه
الى ان يظهر يحصل الياس من ظهور العين ثم يوخذ منه البدل للحيلولة ولم اظفر في كلامهم بشيء في
تنقيح ذلك ولو اختلفا في الاذن بالبيع او الشراء نسيئة فادعاه العامل وانكره المالك فالقول قول المالك لانه منكر م
وكذا لو اختلفا فقال العامل اذنت لي في شراء هذا بعشرة مثلاً فقال المالك ما اذنت يقدم قول
المالك لانه منكر للاذن وكذا لو اختلفا في قدر نصيب العامل من الربح فادعى الزائد والمالك دونه
فان المقدم قول المالك بيمينه اسنده في التذكرة الى علمائنا لان المالك منكر للزائد لان الاصل ع

الربح ان يكون له لانه تابع لراس المال وهذا واضح ان كان الاختلاف قبل حصول الربح لان المالك منكر بين
منع الربح كله بفسخ العقد اما بعد حصوله فان كلا منهما مدع ومدعى عليه المالك ولا اعلم الآن لاصحابنا قولا
بالتحالف وانما القول بالتحالف مع الاختلاف في الربح مطلقا قول للشافعي واعلم ان قول المص والاقرب تقديم
قول المالك فايدة تغييره في دعوى الرد [illegible] ولو قال العامل ما ربحت شيئا او ربحت الفا ثم خسرته او تلف
الربح قبل بخلاف ما لو قال غلطت او نسيت قد سبق بعض هذه المسائل وانما اعادها لبيان الاحكام
الاتية فلا ريب انه اذا قال العامل ما ربحت شيئا يقدم قوله بيمينه لانه منكر وكذا القول في دعوى
تلف الربح وعود الخسارة بخلاف ما لو قال العامل ربحت ثم قال لم اربح شيئا وانما غلطت او نسيت
او جزت بخلاف الواقع او نفي الزيادة من الربح الذي اخبر به واعتذر بالغلط والنسيان فان قوله
لا يقبل لانه تكذيب لاقراره السابق ورجوعا عنه فلا يكون مسموعا ويلزم بما اقر به [illegible] ولو
اختلفا في قدر راس المال فالقول قول العامل مطلقا على اشكال [illegible] المراد بقوله مطلقا عدم الفرق
بين ان يكون هناك ربح او لا وعدم الفرق مع الربح بين ان يكون التلف بتفريط او لا فالاشكال
في اطلاق الحكم في الصور كلها فانه اذا لم يكن هناك ربح لا اشكال في ان القول قول العامل لانه
منكر للزايد سواء كان المال بعينه باقيا او تلف بتفريط اما مع الربح اذا كان باقيا او تلف بتفريطه
ففي تقديم قوله اشكال ينشا من ان العامل منكر للزيادة خصوصا اذا كان المال قد تلف بتفريطه
فانه غارم فح يتقدم قوله في عدم وجوب الزيادة عليه ومن ان انكاره لزيادة راس المال تقتضي
توفير الزيادة على الربح فتزيد حصة العامل فيكون ذلك في قوة الاختلاف في قدر حصة العامل
من الربح والقول قول المالك فيه بيمينه على ما سبق والذي يقتضيه النظر تقديم قول المالك مع الربح
اما مع بقاء العين فلان الاختلاف في الحقيقة راجع الى الاختلاف في قدر نصيب العامل والاصل
عدم الزايد لان الاصل كون جميع المال للمالك الى ان يدل دليل على استحقاق الزايد واما مع التلف
بالتفريط فلان المضمون هو قدر مال المالك وقد بينا ان الاصل استحقاق المالك الجميع لان الربح تابع
لراس المال الا القدر الذي خرج بدليل ولم يثبت في الزايد ولا يضر كونه غارما لان الاصل وان
كان عدم وجوب الزايد لكن قد تخلف الناقل عنه وهو استحقاق المالك الجميع قبل التلف الا ما اقر باستحقاق
العامل اياه بالشرط والضمان تابع للاستحقاق فما ذهب اليه الشارح الفاضل من تقديم قول المالك
الا مع التلف بتفريط فالقول قول العامل ضعيف بل فاسد فانه مع عدم الربح لا وجه لتقديم قول
المالك اصلا والاصح تقديم قول العامل الا مع الربح [illegible] ولو ادعى المالك ان راس المال الفا الحاصل

فان المالك يدعي استحقاق العامل الحصة بالشرط السابق والعامل يدعي ... ذلك م

مضدقه

بالنصف م

نصدقه احد العاملين بالنصف وادعى الآخر الثلث قدم قول المنكر مع يمينه فيأخذ خمسماية
من الثلثة الآف ويأخذ المالك الفين منها من راس ماله بتصديق الآخر وللآخذ ثلث المتخلف وهو
خمسماية وللمالك ثلثاه لان نصيب المالك النصف ونصيب العامل الربع فينقسم الباقي على النسبة
وما اخذه الحالف زايدا على قدر نصيبه كالتالف منهما لان التلف الحاصل بعد المضاربة يحسب من الربح اي لو عامل
المالك اثنين على ماله على ان النصف لهما ثم حصل الاختلاف في قدر راس المال فقال المالك انه ثلثا الموجود
كله وهو ثلثة الآف فيكون راس المال الفين والربح الف وصدقه احد العاملين على ذلك وقال الآخر
انه الثلث وهو الف فيصدق المصدق فيما يضر نفسه وهو بالنسبة الى الآخر شاهد ولا مانع
من قبول شهادته فمع عدم البينة يقدم قول العامل الآخر بيمينه بناء على تقديم قول العامل في
الاختلاف في قدر راس المال مطلقا وقد استشكله المص انما يكون خروجا عن الاشكال الى
الجزم او تمثيلا على الطرف المذكور في العبارة صريحا فيحلف ويأخذ خمسماية هي ربع الالفين اللتين م
التي يدعيه انها الربح فيبقى الباقي حقا للمالك والعامل الآخر فيكون منه راس المال الفين بتصديق
هذا العامل فيأخذهما المالك ويبقى خمسماية يقتسمانها على حكم الشرط فيكون للمالك ثلثاها
وللعامل الآخر [illegible] ثلثها لان
للمالك النصف وللعامل الآخر الربع فاذا جمعتهما كان للمالك الثلثان والذي اخذه العامل الاول
وهو الحالف زايدا على نصيبه باتفاقهما كالتالف منهما فما اصابه بعد المضاربة من التالف يجبر م
من الربح ولو قدمنا قول المالك بيمينه فالحكم ظاهر ولو ادعى المالك القراض والعامل القرض
فالقول قول المالك فيثبت له مع اليمين مدعاه من الحصة ويحتمل التحالف فللعامل اكثر الامرين
من الاجرة والمشترط يجب ان تفرض المسئلة فيما اذا عمل في المال وحصل ربح اذ لو كانت
الاختلاف قبل حصول الربح لكان القول قول المالك بيمينه قطعا لان الاصل بقاء
الملك له ولا معارض هنا فاما مع الربح ففيه قولان احدهما ان القول قول المالك اختاره المص هنا
وفي التذكرة لان المال ملكه والاصل تبعية الربح له فمدعي خلافه يحتاج الى البينة والثاني
وهو الذي احتمله المص هنا واختاره في التحرير انهما يتحالفان لان كل واحد منهما مدع ومنكر
فان العامل يدعي خروج المال عن ملك المالك بالقرض والمالك ينكره والمالك يدعي استحقاق
عمل العامل في مقابلة الحصة بالقراض والعامل ينكره فاذا حلف كل منهما لنفي ما يدعيه
الآخر وجب اكثر الامرين من اجرة المثل والحصة التي يدعيها المالك ووجهه المص في التذكرة

بانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح فرب المال يعترف له به وهو يدعي كله وان كان اجرة مثله اكثر فالقول
قوله بيمينه في عمله كما ان القول قول رب المال في ماله فاذا حلف ثبت انه ما عمل بهذا الشرط ولما لم يكن عمله
مجانا باتفاقهما استحق اجرة المثل لانتفاء عوض في مقابلته ولقائل ان يقول اذا كانت الحصة بقدر
اجرة المثل او ادون فلا فائدة ليمين العامل اصلا لاستحقاقه ذلك بدونها ولا فائدة في اليمين
ان نقص او يكمل ولا يجب معها سوى ذلك ولا ريب ان القول بالتحالف هو المعتمد لكن ينبغي التنبيه
لما قلناه قوله ولو اقاما بينة نعمل الاول تقدم بينة العامل لان القول الاول هو تقديم قول المالك
بيمينه فتكون البينة على العامل لانه المدعي واما على الثاني فانهما يتعارضان ويقسم الربح بينهما نصفين
ذكر في التذكرة حكاية عن محمد وقال الفاضل الشارح انهما يتساقطان ويتحالفان ويكون الحكم كما ذكره الم
فيما تقدم والمعروف في التعارض بين البينتين هو ما سيأتي ذكره في باب القضاء ان شاء الله تع وهو
الترجيح للاعدل ثم للاكثر عددا ثم يقرع ويقضى للخارج بيمينه قوله ولو ادعى العامل القراض
والمالك الابضاع قدم قول العامل لان عمله له فيكون مقدما بينه ويحتمل التحالف فللعامل اقل الامرين
من الاجرة والمدعى لا يخفى ان ذلك انما هو بعد العمل وحصول الربح والا لم يتجه القول بالتحالف ولو كان قبل
الشروع في العمل يكن الاشكال في اندفاع كل من الدعويين ولو كان بعد الشروع في العمل وقبل ظهور الربح
فالذي يتجه هنا ما ذكره انه ان قلنا بان المالك اذا فسخ المضاربة قبل ظهور الربح يجب عليه اجرة المثل للعامل
يقدم قول العامل بيمينه لان المالك يدعي كون عمله في ماله مجانا والاصل عدمه لان العمل محترم للعامل وقد
صدر بالاذن وان قلنا بالعدم فلا شيء اصلا اذا عرفت ذلك فوجه القول بالتحالف ان كلا من المالك والعامل
مدع ومدعى عليه لان المالك يدعي كون عمل العامل له مجانا والعامل يدعي استحقاق الحصة من الربح والا
انه للمالك فيتحالفان ويثبت للعامل اقل الامرين من اجرة المثل وما يدعيه لانه ان كان ما يدعيه اقل
فواضح عدم استحقاق الزايد وان كانت الاجرة اقل فلان الزيادة على الاجرة قد اندفعت بيمين المالك
لكن يرد عليه ان يمين المالك لا فائدة فيها اذا كانت الاجرة بقدر الحصة لانه لو افاد رد اليمين على
العامل فحلف لم يجب شيء زايد على الاجرة وكذا لو كانت الحصة اقل وفيما عدا ذلك فالقول بالتحالف
هو الوجه ولو اقاما بينة بني على القولين كما سبق قوله ولو ادعى العامل القرض والمالك الابضاع
تحالفا وللعامل الاجرة وجه التحالف ان كلا منهما يدعي على الآخر استحقاقا والاصل كونه له مجانا فالمالك
يدعي استحقاق العمل بلا عوض والعامل يدعي استحقاق ربح المال لانتقاله اليه بالقرض فيحلف
كل منهما لرد دعوى الآخر ويكون الربح للمالك وعليه اجرة المثل ولا يتصور هنا الاكتفاء

بيمين

يمين احدهما اما العامل فلانه يدعي على المالك استحقاق جميع الربح فلا يقبل بغير يمين المالك واما المالك فلانه يدعي على العامل ان عمله الذي صدر منه له بالتبرع فلا يقبل بغير يمينه له ولو تلف المال او خسر فادعى المالك القرض والعامل القراض او الابضاع قدم قول المالك مع اليمين وذلك لان الاصل في وضع اليد على مال الغير ترتب وجوب الرد عليه لعموم قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولان العامل يدعي على المالك كون ماله في يده على وجه لو تلف لم يجب بدله والمالك ينكره فان قيل المالك ايضا يدعي على العامل شغل ذمته بماله والاصل البراءة قلنا زال هذا الاصل بتحقق ثبات يده على مال المالك المقتضي لكونه في العهدة والاصل الزائد المقتضي لانتفاء العهدة لم يتحقق والاصل عدمه فيحلف المالك لنفي دعواه ويطالبه بالعوض ولو شرط العامل النفقة اوامعيناها وادعى انه انفق من ماله واراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال في يده او رده الى المالك وذلك لان المقتضي للاستحقاق مسلم ولم يعلم الاستيفاء فيستصحب ما كان ولانه متمكن للاخذ من المال وهذا الحق له بتراضيهما فكانه بمقابلة عمل او بالشرط لا يسقط بترك الاخذ ولا يعد متبرعا بالانفاق على نفسه وانما لم يفرق بين كون المال في يده او في يد المالك لان المقتضي للاستحقاق قائم على التقديرين والمسقط غير معلوم ولو شرطا لاحدهما جزءا معلوما واختلفا لمن هو فهو للعامل لان الذي يحتاج الى ذكره وعلم انه الشرط اذا اطلق انصرف الى نصيب العامل لان رب المال يستحق الربح بالمال فلا يحتاج الى شرط كما لا يحتاج في شركة العنان الى شرط الربح فاذا شرط كان الظاهر انه شرط ذلك للعامل وفيه نظر لانه مع كونه مستحقا بالمال لما اشتراطه في العقد اكثري الوقوع ولم يكن كذلك فالمذكور من غير تعيين يحتمل صرفه الى كل منهما وتوقف صحة العقد على الاشتراط للعامل لا يكفي في صرف الاطلاق اليه ودعوى الظاهر الذي ذكره ان اراد كون الغالب في العادات الاقتصار على ذكر نصيب العامل فليس بمعلوم وان اراد ان توقف صحة العقد عليه يقتضي كون الظاهر ارادته من الاطلاق فهو موضع محل تامل ايضا وقد سبق له الشارح في نظيره ان العقد لا يتقدم فيه قول مدعي الصحة عليه وان كان هذا الغرض الظاهر المدعى به وقد سبق مثل هذه المسئلة في القراض والمساقاة والتوقف مجال ولو انكر القراض ثم ادعى التلف لم يقبل قوله وكذا الوديعة وشبههما لانه بانكاره اصل القراض مكذب لدعواه التلف فلا تكون مسموعة لتضمن انكاره الاعتراف بكونه كاذبا ومثله القول في الوديعة والعارية الا ان الذي يلزمه في ذلك ليس الا الحبس فيلزم تخليد حبسه او يقول

البدل وفيه رجوع الى قوله الاان يقال فايدة عدم قبوله في التلف تظهر لصيرورته لو ادعى بعد ان يقبل
اذا كانت العين باقية او وجوب البدل عليه وان ادعى التلف بغير تفريط اما الوكالة
الجواب لا يستحق عندي شيئاً وشبهه لم يضمن لعدم المنافاة بينهما لانه مع التلف بغير تفريط
لا يستحق عنده شيئاً العقد وهو ما يدل على استنابة في التصرف فيندرج في هذا التعريف
القراض والشركة والمزارعة والمساقاة بل الوصية ويمكن الاعتناء بجعل الدلالة على الاستنابة
على كون المطلوب منه هو الاستنابة ومعلوم ان هذه العقود الاستنابة فيها امر ضمني وليست
الوصية استنابة وانما هي نقل ولاية ولا بد فيه من ايجاب دال على القصد كقوله وكلتك او
استنبتك او فوضت اليك او بع او اشتر او اعتق قال في التذكرة ولو قال بع واعتق ونحوهما
حصل الاذن وهذا لا يكاد يسمى ايجاباً بل هو امر واذن وانما الايجاب قوله وكلتك ثم قال
وقوله اذنت لك في فعله ليس صريحاً في الايجاب بل اذن في الفعل ثم احتج لصحة التوكيل بذلك
بفعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعروة البارقي اشتر لنا شاة وقوله تعالى مخبراً عن اهل الكهف فابعثوا احدكم بورقكم هذه
والحاصل ان التوكيل لما لم يكن من العقود اللازمة صح باللفظ الدال على المراد وان لم يكن على نهج
الالفاظ الواقعة ايجاباً في غيره من العقود وحينئذ لم يكن بلفظ الماضي وانما لم يكن اذنت لك في الفعل
ايجاباً صريحاً في الوكالة وان كان بلفظ الماضي لان الاذن في اصله اعم من الاستنابة ولو قال اوكلك
بلفظ المضارع على قصد الانشاء ففي افادته جواز التصرف نظر لانه شبيه بالوعد لاحتماله الاستقبال
ولو قال وكلتني فقال نعم او اشار بما يدل على التصديق كفى في الايجاب انما يكفي اذا وقع ذلك على
قصد الانشاء دون الاخبار وانما قلنا يكفي لان نعم كالجواب تحذف الجملة معها وهي نايبة منابها لان
قوله نعم في قوة نعم وكلتك وكذا الاشارة الواقعة جواباً الدالة على المراد وهذا وان لم يعد ايجاباً
صريحاً اذ لم يحصل النطق به الا انه بمنزلته فيكون فيه لما ذكرناه سابقاً واعلم ان قول القايل وكلتني
استفهام حذفت اداته والغرض به استدعاء الانشاء على نهج الاستفهام التقريري ومن
بقول اما لفظاً كقبلت ورضيت وشبهه او فعلاً كما لو قال وكلتك في البيع فباع قال في التذكرة
ان القبول يطلق على معنيين احدهما الرضا والرغبة فيما فوض اليه ونقيضه الرد الثاني اللفظ
الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وساير المعاملات ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الاول
دون الثاني فيكفي ايجاد التصرف المستناب فيه والاصل في ذلك ان الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وآله لم ينقل
عنهم سوى امتثال امره وحصول الغرض المطلوب من الاستنابة بذلك لان المقصود الاصلي

المقصد الثالث في الوكالة وفيه فصول ثلثة الاول في اركانها وهي اربعة الاول العقد
متن

من الاستنابة

من الاستنابة هو الاذن في التصرف فلا يتوقف على القبول لفظاً كالاكل الطعام ولا يشترط فيها
القبول بل يكفي وان تأخر لان الوكالة من العقود الجائزة ولان وكلاء النبي صلى الله عليه وآله لم ينقل عنهم قبول لفظي
وكان يعلم منهم اخباراً عن توكيله اياهم ولا يقدح تراخي القبول وان طالت مدته كسنة نص عليه
في التذكرة واسنده الى اصحابنا وظاهره ان ذلك اتفاقي نعم يشترط عدم الرد
منه لما قلناه من ان القبول هنا هو الرضا والرغبة في الفعل ومع الرد لا رضا ولا رغبة فلو
رد انفسخ العقد وبقي تفرع التصرف الى تجديد الاذن مع علم الموكل فيه قوله انفسخ العقد
تسامح اذ ليس هناك الا الايجاب ولا يسمى عقداً ولعل حامل العبارة بذلك على ان الرد بعد العقد
يقتضي فسخ العقد ومنع التصرف كالرد بعد الايجاب ولا اضافة في ان جواز التصرف موقوف
على تجديد الاذن لكن كون ذلك مشروطاً بعلم الموكل حتى لو لم يعلم كان له ان يجدد القبول و
يتصرف محل خفاء. ومستنده قول الصادق عليه السلام من وكل رجلا على امضاء امر من الامور فالوكالة ثابتة
ابداً حتى يعلمه بالخروج منها كما اعلمه بالدخول فيها فان ذلك يرشد الى ثبات ويجب ان تكون
منجزة فلو جعلها مشروطة بشرط متوقع او وقت مترقب بطلت يجب ان تكون الوكالة منجزة عند
جميع علمائنا فلو علقها بشرط متوقع جاز وقوعه كقدوم الحاج وهبوب الرياح او بصفة كان وجودها محققاً
كطلوع الشمس لم يصح وذهب جمع من العامة الى جواز تعليقها لان النبي صلى الله عليه وآله قال في غزاة مؤتة
اميركم جعفر فان قتل فزيد بن حارثة الحديث والتأمير في معنى التوكيل ولانه لو قال انت وكيلي
في بيع عبدي اذا قدم الحاج صح اجماعاً وفي كون التأمير تعليقاً للاذن والامارة محل النزاع
والمعروض ظاهر لان المعلق فيه هو التصرف لا التوكيل ولا بحث في جوازه والى هذا (واجب عن الثاني)
اشار بقوله نعم لو نجز الوكالة وشرط تأخير التصرف الى وقت او حصول شرط جاز كان يقول
وكلتك الان ولا تتصرف الا بعد شهر واعلم ان قوله فلو جعلها مشروطة بشرط لا يريد به الا التعليق
اما مطلق الاشتراط فلا فلو قال وكلتك في كذا وشرطت عليك كذا لم يمتنع منه صح واعلم ايضاً ان
توقيت الوكالة لا يلزم لكن لا يجوز التصرف بعده فان فسد العقد للتعليق على الشرط احتمل تسويغ
التصرف عند حصوله بحكم الاذن وعدمه الاحتمال الاول اشار اليه بقوله بحكم الاذن توضيحه ان الاذن
في التصرف على التقدير المخصوص حاصل والفرض حصول المعلق عليه فيكون التصرف مأذوناً
فيه فيقع صحيحاً ويحتمل العدم لان العقد فاسد اذ هو المفروض ولا معنى للفاسد الا ما لا يترتب
عليه اثر ولان الاذن الواقع في العقد المعلق المحكوم بفساده لا اعتداد به لامتناع بقائه. الضمني

هذا فرع على التوكيل معلقاً على شرط وحكمه انه اذا اوقع الوكالة معلقة كانت فاسدة على ما سبق فمع الفساد هل يسوغ التصرف عند حصول المعلق عليه احتمالان
م

مع انتفاع المتضمن له والاذن انما وقع على ذلك الوجه المعين المخصوص واعلم ان قول المص وفايدة
الفساد سقوط الجعل المسمى والرجوع الى الاجرة جواب سؤال يرد على احتمال الشيخ تقريره انه لما كان
جواز التصرف الذى هو فايدة عقد الوكالة واثره ثابتا على كل من تقديرى الصحة والفساد فاى
فارق بين الصحيح والفاسد هنا وجوابه ان اثر الفساد لا يظهر فى الاستنابة والاذن بل انما يظهر
فى الجعل اذا كانت الوكالة بجعل فانه يبطل ويستحق الوكيل اجرة المثل كما فى المضاربة الفاسدة حيث
حكمنا بفساد استحقاق الحصة ونفذنا التصرف واوجبنا للعامل الاجرة وتنقيح البحث ان الوكالة
تسليط على التصرف ولا يمنع فيه التعليق فان القايل لو قال لغيره اذا حضر الطعام فكله لم يكن
هذا التعليق مخلا بجواز الاكل له عند حضور الطعام وانما يمنع التعليق فيما يكون معاوضة او
كالمعاوضة ومن ثم حكمنا بفساد الصداق بالشرط الفاسد فى عقد النكاح دون العقد وحكمنا بفساد
اشتراط الحصة فى المضاربة الفاسدة دون الاذن فى التصرف لانه شبه المعاوضة فيهما لكون الصداق
فى مقابل استحقاق الانتفاع بالبضع والحصة فى مقابل العمل المخصوص فاختص ذلك بالبطلان
ووجب مهر المثل واجرة المثل وكذا الوكالة المشتملة على الجعل فانه لكونه فى مقابل العمل يحصل به شبه
المعاوضة فيجب ان يتوجه الفساد بالتعليق اليه بل مطلق الفساد باى سبب كان ويبقى معنى الوكالة
الذى هو عبارة عن الاذن فى التصرف [illegible] هذا اطلاق الفساد على عقد الوكالة غير واضح لان
الجعل خارج عن مفهوم الوكالة ولهذا لا نعتبره فى صحة العقد بخلاف عقد المضاربة فان اشتراط
الحصة من اركان العقد فيكون [illegible] الا بحكم بفساده وان نحكم بفساد ما اشتمل عليه كما
انا لا نحكم بفساد النكاح لفساد الصداق فيسقط اعتبار ما ذكره المص من الجواب لانتفاء السؤال
اصلا ورأسا بل يكون حكمه بفساد الوكالة بالتعليق اولا واحتمال تجويز التصرف معه وكونه فايدة
الفساد سقوط الجعل المسمى آخرا كالمتدافعين وهذا الذى ذكرناه كلام جيد منقح الا انه يرد عليه
ان التصرف فى مال الغير بالبيع والشراء وانواع التصرفات من الامور المبنية على التضييق وليس هو
كالاكل للطعام المبنى على التسامح فى العادة ولهذا يكتفى فيه بقراين الاحوال ولا يشترط فيه
اللفظ بل يعتبر مجرد وضع الطعام بين يدى الغير اذا دلت القرينة على ارادة اكله والامر فيه
اسهل من اخراج الملك عن الغير وتجديد ملك آخر له ونحو ذلك فلا بد فيه من الاحتياط التام والتمام
لحكم بانه متفق عليه والمضاربة ان كان الحكم فيها متفقا عليه فلا بحث فيه والا توجه ايضا
الكلام والذى ينبغى التوقف عن الحكم بجواز التصرف كما فى غيره من العقود. واعلم ان قول المص لتعلقها

الثاني الموكل وشرطه ان يملك مباشرة ذلك التصرف بملك او ولاية

على الشرط لا يخلو من مناقشة والمناسب ان يقول لتعليقها بملك او ولاية اي يملك مباشرة
ذلك التصرف اما بحق الملك لنفسه او بحق الولاية عن غيره كالاب والجد له فلا يصح توكيل الصبي
وان كان مميزاً او بلغ عشراً مطلقاً على رأي لما كان تصرف الوكيل بالوكالة محسوباً من تصرف الموكل
اشترط لصحة التوكيل ان يملك الموكل مباشرة الفعل الموكل فيه بملك او ولاية وان منعه
من انشاء الفعل الجهل بالشيء لكون العلم به شرطاً لصحة ذلك الفعل كالبيع المشروط بالعلم
بالمبيع فان الجهل به لا يخل بصحة التوكيل فعلى هذا لا يصح توكيل الصبي على حال في شيء من التصرفات
لانه لا يملك مباشرة التصرف في شيء سواء كان مميزاً ام لا وسواء بلغ عشراً ام لا وسواء كانت الوكالة في
المعروف ام لا وعلى قول الشيخ وجماعة بجواز تصرفه بالعتق والصدقة والوصية في المعروف
استناداً الى الرواية الدالة على جواز ذلك منه اذا بلغ عشراً او بلغ خمسة اشبار يجوز توكيله في
ذلك لصحة مباشرته للتصرف وهذا يجيء على القول به الا ان القائل به وان كان مشهوراً مستنداً
الى النصوص غير واضح فيمتنع توكيله مطلقاً اذا عرفت ذلك فاعلم ان المصنف بقوله المتقدم مطلقاً
تعميم منع الصبي من التوكيل في جميع التصرفات لانه لا يملك شيئاً منها واشار بالرأي الى قول
المخالف في المواضع المذكورة قوله ولا المجنون ولو عرض بعد التوكيل بطلت الوكالة لما قلناه بالجواز
من ان تصرف الوكيل تصرف الموكل وانه لا بد ان يملك اهلية المباشرة وكما يشترط تجدد كما يخرج
عن اهلية المباشرة قوله ولا توكيل العبد الا باذن المولى الا فيما لا يتوقف على الاذن كالطلاق
والخلع ان اريد بالعبد هنا الرقيق الذي لم ينقطع عنه سلطنة المولى ليندرج فيه المدبر وام الولد
فهو اولى لان حجر الرقية عليهما باق بحاله بخلاف المكاتب وانما لم يصح توكيل العبد لانه لا يملك
المباشرة لكن ما يملك المباشرة فيه وهو الطلاق والخلع ونحوهما مما يدخله النيابة يصح توكيله
ولو اذن له المولى صح مطلقاً لزوال المانع قوله ولا الوكيل الا باذن موكله صريحاً او فحوى مثل
اصنع ما شئت لا يصح توكيل الوكيل لانه لا يملك المباشرة بحق الملك لنفسه ولا بالولاية عن
غيره وانما ملك المباشرة باذن المالك فيجب الاقتصار على مقتضاه فان اذن له في التوكيل
صريحاً فلا بحث في الجواز وان دل كلامه بفحواه على الاذن له في التوكيل جاز ايضاً والمراد
بالفحوى في العبارة ما عدا الصريح كما يدل عليه السياق ومثل له بقوله اصنع ما شئت
لانه ليس اذناً في التوكيل صريحاً وانما يدل عليه بعمومه والمتبادر من الصريح هو ما نص عليه
في اللفظ ولان المحتاج الى التمثيل من العبارة هو الدال بالفحوى لانه الذي قد يخفى المعروف

عند الاصوليين ان فحوى الخطاب هو ما لا يدل عليه اللفظ بمنطوقه وانما هو مسكوت عنه لكن
يستفاد من اللفظ لكون الحكم فيه اولى منه في المنطوق كتحريم الضرب المستفاد من تحريم التافيف بطريق
اولى الا ان مثل هذا في الوكالة عزيز الوجود وربما يتصور فيما لو وكله في امرين قد جرت العادة
بالتسامح في احدهما والاذن للوكيل ان يوكل فيه غيره والآخر مما يطلب الاهتمام به عادة ولا يراد
الا مباشرة الوكيل له بنفسه واذن له بالتوكيل في الآخر وسكت عن الاول على وجه يشهد الحال
والقراين بانه لم يسكت عنه الا لظهور انه يرضى بالتوكيل فيه حيث رضي بالتوكيل في الاهم اما لكون
الوكيل ممن يترفع عن مباشرة ذلك بنفسه او غير ذلك من الاسباب وفي معنى اصنع ما شئت توكيله
مفوضاً ونحوه واعلم ان المص منع في التذكرة دلالة التوكيل بقوله اصنع ما شئت محتجاً بان هذا التعميم
انما هو في تصرفه بنفسه وهو غير واضح لان عموم ما يتناول المدعي ايضاً والاقرب ان ارتفاع الـ
عن المباشرة واتساعه وكثرته بحيث يعجز عن المباشرة اذن في التوكيل معنىً وقد سبق ان توكيل
الوكيل مع حصول الاذن له فيه صريحاً او فحوى جائز قطعاً والاقرب عند المص الجواز اذا استفيد
الاذن معنى بملاحظة حال الوكيل باعتبار ترفعه عن مباشرة ما وكل فيه عادة او كونه لا يتأتى
منه ما وكل فيه او حال الموكل فيه باعتبار كثرته بحيث لا يقوم به الوكيل وحده عادة والمراد
من كون ذلك اذناً معنى انه مستفاد من ملاحظة معنى اللفظ لا من اللفظ نفسه وهو في الحقيقة
دلالة التنبيه ووجه القرب ان ذلك وان لم يكن مستفاداً من اللفظ لكن شاهد الحال دال
عليه وقاض به فان توكيل الشريف الذي لا يليق بمثله دخول السوق اصلاً في بيع ما لا يقع
بيعه غالباً الا في السوق لا يكاد يستفاد منه الا توكيل غيره في ذلك وكذا القول في توكيل الشخص
الواحد في نقل الزراعة في اماكن متعددة لا يقوم بجميعها الا بمساعدين ومثله ما لو حلف السلطان
ليضربن زيداً او حلف من لا يحسن البناء ان يبني الجدار فانه لا يعقل من ذلك الا الامر به وقيل
ضعيفاً بالعدم لانه خلاف مدلول اللفظ الوضعي والقرائن فما لا يعتبر تابع لاذنه وليس بشيء
لان ذلك مدلول اللفظ ايضاً ولا يضر كونه غير وضعي مع قيام الدال عليه والاول هو المختار
لكن في عبارة المص مناقشتان آ انه اسند في التذكرة القول بجواز التوكيل في هذين المقـ
الى جميع علمائنا فقال في الاول وهو قول علمائنا اجمع وفي الثاني فعندنا يجوز التوكيل ولا
نعلم فيه مخالفاً ومع هذا شانه لا ينبغي ان يقال فيه الاقرب خصوصاً مع قوة دليله
ان الضمير في قوله واتساعه وكثرته لا مرجع له في العبارة لانه يجب ان يعود الى الموكل فيه

وليس مذكوراً وكانه اعتمد على ظهوره كما في قوله ثم حتى تواردت قوله فحينئذ الاقرب انه يوكل

فيما زاد على ما يتمكن منه لا الجميع هذا متفرع على القول بجواز التوكيل قوله في المسئلة الثانية

اى فحينئذ اذا كان الاقرب جواز التوكيل للوكيل فيما يعجز عن مباشرته الاقرب انه انما يوكل

فيما زاد على ما يتمكن منه لا الجميع لان توكيل الوكيل خلاف الاصل وانما يثبت هنا للحاجة الى

المساعدة فيقتصر فيه على موضع الحاجة استصحاباً لما كان وهو الاصح ويحتمل جواز التوكيل

في الجميع اذ لا اولوية لبعض على آخر ولاستفادة الاذن فيه معنى فيكون كالاذن صريحاً

ويضعف بانه يتصرف للتوكيل في قدر ما يندفع به الحاجة فاى بعض اراد واقتضت المصلحة

التوكيل فيه او تساوى الجميع في المصلحة وعدمها فكل فيه وباشر الباقي قوله والخلع واستيفاء القصاص

اى لا يكون توكيل المحجور عليه بسفه او فلس بغير اذن من له الاذن الا فيما لا يمنع الحجر تصرفه فيه كالطلاق

والخلع واستيفاء القصاص بالنسبة الى كل منهما والشراء في الذمة ويكون بالنسبة الى المفلس

وكذا اجارة نفسه اذ لا حق للغرماء في ذلك بل هو جلب مال بالنسبة اليهم قوله ولا يوكل

المحرم في عقد النكاح محرماً او لا محلاً ولا في ابتياع الصيد محرماً ولا محلاً ايضاً لامتناع مباشرة

ذلك التصرف شرعاً ولو وكل في شراء بعد الاحلال فظاهرهم عدم الجواز فلا يعتد بهذا التوكيل

لعدم كونه مالكاً للمباشرة هذا التصرف الآن وهو شرط عند الموكل كما لو وكل في طلاق امرأة

سينكحها فالمسألة التنكير في توكيل المحجور عليه ما صورته ومن جوز التوكيل في طلاق امرأة سينكحها

وبيع عبد سيملكه فقياسه تجويز توكيل المحجور عليه ما يأذن له فيه الولي والا فلا [illegible] قوله

وللمكاتب ان يوكل لانقطاع سلطنة المولى عنه وتمكنه من التصرف قوله وللمأذون له في التجارة

فيما جرت العادة بالتوكيل فيه اى للعبد المأذون له في التجارة التوكيل فيما جرت العادة بالتوكيل

فيه وان لم يصرح السيد بالاذن في التوكيل لاستفادة ذلك من اللفظ بقرينة العادة المطردة

قوله وللاب والجد ان يوكلا عن الصغير والمجنون اى الجد للاب وتوكيلهما عن المجنون الذي اتصل

جنونه بصغره اما من بلغ رشيداً ثم جن فان ظاهر كلامهم ان الولاية عليهم لهما ايضاً ويحتمل كونها

للحاكم كالمتجدد سفهه وكيف كان فكل من ثبتت له الولاية على غيره ملك مباشرة التصرف عنه فله

ان يوكل قوله وللحاكم ان يوكل في الطلاق على ما اى قولا ابن ادريس واكثر المتأخرين لان

الطلاق قابل للنيابة ولا لما صح التوكيل فيه من الغائب ولعموم صحيحة الاعمج عن الصادق عليه السلام في

رجل جعل امر امرأته الى رجل فقال اشهدوا اني قد جعلت امر فلانة الى فلان فيطلقها ايجوز ذلك

واما الاذن فانما استفيد منها الحاجة

قوله ولا للمحجور عليه الا فيما لا يمنع الحجر تصرفه فيه كالطلاق صح

للرجل قال نعم المستفاد من ترك الاستفصال عن محتملات المسؤول عنه ولنقل ابن ادريس الاجماع
في الشقاق على جواز توكيل الزوج للحكم في الطلاق وصحة طلاقه لو اوقعه وقال الشيخ وجماعة
بعدم جواز التوكيل فيه من الحاضر تعويلاً لرواية زرارة عن الصادق ع قال لا تجوز الوكالة في الطلاق
على الحاضر جمعاً بينها وبين الرواية السابقة والاصح الاول ورواية زرارة ضعيفة ومع ذلك فلا تدل
على مدعى الشيخ صريحاً ثم ان الفعل اذا قبل النيابة فاي تفاوت بين الحاضر والغايب وللحاكم ان
يوكل عن السفهاء من يباشر الحكومة عنهم وكذا يوكل من يباشر عنهم جميع ما يقتضيه الحال من التصرف
لهم من بيع وشراء وغيرهما وكذا عن غير السفهاء من الصبيان والمجانين اذا كان الحاكم ولياً لهم وكذا الحكم
في الوصي بغير خلاف في ذلك ولو منع الموصي الوصي من التوكيل لم يكن له ذلك ويكره لذوي
المروات مباشرة الخصومة ويستحب لهم التوكيل المراد بهم اهل الشرف والمناصب الجليلة الذين لا
يليق بهم الامتهان روي ان علياً ع وكل في الخصومة عقيلاً ووكل ايضاً عبد الله بن جعفر
وقال ان للخصومة قحماً وان الشيطان يحضرها واني اكره ان احضرها والقحم المهالك وللمرأة
ان تتوكل في النكاح وللفاسق في تزويج ابنته وولده ايجاباً وقبولاً اما المرأة فان لها ان تباشر
النكاح عندنا ولها ان توكل فيه خلافاً للشافعية وولاية الفاسق على ولده في التزويج ثابتة
فله التوكيل فيه خلافاً لبعض الشافعية ولا فرق في ذلك بين كونه انثى فيوكل عنها ايجاباً او ذكراً
فيوكل عنه قبولاً وليس سكوت السيد عن النهي عن تجارة عبده اذناً له فيها لان السكوت اعم
من الرضا وهذه مسألة ذكرناها استطراداً لمشابهتها الباب والاقرب بطلان الاذن بالاباق
قضية الغضب لعدم شاهد الحال فان حال السيد في غضبه على الآبق وارادته عوده يشهد بانه يريد
التضييق عليه مهما امكنه ولان فيه مقابلة له بضد مقصوده لان هربه للخلاص من سلطنة مولاه
فيقابل بمنعه من كل تصرف كما في قتل العامد بحرمانه الارث ويحتمل العدم استصحاباً لما كان الى ان
يحصل المزيل وللتوقف هنا مجال ولا توضع للوكيل ان يوكل عنه فليس له ان يوكل الا امينا
الا ان يعين الموكل المعين غيره المراد بالامين العدل وانما وجب كونه امينا لان الواجب على الوكيل مراعاة يعين م
الغبطة للموكل ولا غبطة في توكيل الفاسق فيتقيد جواز التوكيل بذلك كما يتقيد البيع بعدم
تسليم المبيع قبل تسلم الثمن وكونه من نقد البلد حالاً وان كان وكيل الوكيل بحيث يأتي بمتعلق
الوكالة بحضور الوكيل فهل يشترط كونه امينا الظاهر نعم كما يشترط تسلم الثمن اولاً وان كان قد
احضر المشتري وابدى وجه المحافظة على الاحتياط للموكل ولو عين الموكل شخصاً للتوكيل

لم يتجاوز

لم يتجاوزه وان لم يكن امينا وجب على الوكيل عزله الا ان تركه يتصرف في المال مع خيانته تضييع
على المالك وللشافعية وجه انه لا يجوز عزله لانه لم يتحقق كونه وكيلا في العزل ويحتمل ان ينعزل
اذا كان جواز التوكيل مشروطا بالامانة وجب اعتبارها بقاؤها لان الغرض مراعاة المصلحة للمالك لك
والوكالة من العقود الجائزة فتفتقر الى الامانة التي هي الشرط انتفت الوكالة قضية للشرطية
فلا يحتاج الى العزل نعم ان اريد بالعزل منعه من التصرف لكونه قد انعزل من الوكالة صح لكنه
خلاف ظاهر العبارة هنا وفي التذكرة وكلام التذكرة اصرح حيث حكم بوجوب العزل وحكى عن
الشافعية وجهين في جوازه قوله وكذا الوصي والحاكم اذا ولي القضاء في ناحية اي وكذا القاضي
اذا اذن له ان يوكل لا يوكل الا امينا فان تجددت خيانته عزله على ما سبق وكذا الحاكم اذا ولي القضا
في ناحية وجب ان يكون امينا فاذا تجددت الخيانة عزله وعجزه وما يأتي عليه مستفاد مما سبق
هذا هو الذي يستفاد من سياق العبارة والمراد بالحاكم اما الامام ع او منصوبه اذا فوض اليه
تولية غيره القضاء لا ما يراد به الحاكم في زمان الغيبة لان تولية غيره القضاء غير متصور لان ذلك
المعزول ان كان بصفات الحكم فهو منصوب الامام والا فلا يتصور كونه قاضيا لو نصب حاكم قيما للاطفال
او وكيلا للغايب ونحوه اعتبر فيه العدالة كما يعتبر في وكيل الوكيل بطريق الاولى لان ذلك بالاحتياط
احرى وعلى ما نزلنا عليه العبارة ففعله وليجب قراءته بالتشديد قوله واذا اذن الموكل في التوكيل
فوكل الوكيل آخر كان الثاني وكيلا للموكل لا ينعزل بموت الاول ولا بعزله ولا يملك الاول عزله
وان اذن له ان يوكل لنفسه جاز وكان الثاني وكيلا للوكيل ينعزل بموته وعزله وبموت الموكل
وللاول عزله اذا اذن الموكل للوكيل في التوكيل فلا يخلو اما ان يأذن له في التوكيل عن الموكل
او عن الوكيل او يطلق فالاقسام ثلثة آ ان يأذن له في التوكيل عن الموكل فالثاني وكيل
للموكل كما ان الاول وكيله فليس لاحدهما عزل الآخر ولا ينعزل احدهما بموت الآخر ولا جنونه
وانما ينعزل احدهما بعزل الموكل او خروجه عن اهلية التوكيل ب ان يأذن له في التوكيل
عن نفس الوكيل فان الثاني وكيل للوكيل ينعزل بعزل الاول اياه بموته وجنونه وبما يعزل
الاول لانه وكيله ونائبه كما اقتضاه اصل الاذن وهو احدى قولي الشافعية والاظهر عندهم
لان التوكيل فيما يتعلق بحق الموكل حقا للموكل فيتوقف رفعه على الاذن من الموكل ويضعف بانه
وان كان حقا للموكل بالتبعية الاصل التوكيل لكنه فرعا عن الوكيل يجب ان يكون رفعه منوطا
به ولا يخفى ان للموكل عزله لانه له رفع الاصل فالفرع اولى ج ان يطلق بان يأذن له في التوكيل

الثالث الوكيل ويشترط فيه البلوغ والعقل فلا يصح

وفيه وجهان احدهما انه وكيل عن الوكيل يمتنع عن الوكل ولان المتبادر من الاذن في التوكيل كونه عن الموكل حيث ان الحق بالاصالة فالنيابة عنه ويجي وجه ثالث وهو التردد بين الامرين لاشتراك المبنى ولا يخفى ان الثاني اقرب فلا يصح والا الصبي لانه يملك التصرف سوا كان مميزا ام لا بلغ عشرا ام لا وان كان التصرف نحو الصدقة والوصية في المعروف ويجي على القول بتسويغ تصرفات ابن العشر ونحوه في الصدقة ونحوها احتمال صحة كونه وكيلا عن غيره في ذلك لصحة مباشرته عليه في الذي ولية والاقرب جواز توكيل عبده اي جواز توكيل الشخص عبده لقبوله النيابة لصحة كونه وكيلا عن غير السيد ان اذن السيد وكونه عبدا للموكل لم تثبت منافيته للنيابة عنه فيجب الحكم بالصحة ويحتمل ضعيفا العدم لان الوكالة تقبل الجعل ويلزمها الضمان مع التعدي وكل منهما ممتنع هنا لان ثبوت مال للعبد على سيده او بالعكس ممتنع فيمتنع توكيله اياه لان انتفا اللازم يدل على انتفا الملزوم وضعفه ظاهر لمنع كون ذلك لازما للوكالة ولا دليل عليه وكونه اكثريا غير قادح والاصح الجواز واعلم انه لا نزاع في ان المولى اذا استناب عبده في التصرف يصح تصرفه وانما النزاع في كونه وكالة او اذنا وتظهر الفائدة في بطلان الاستنابة ببيعه وعتقه ويمكن ان يقال ان الاستنابة ان كانت بلفظ التوكيل لم تصح الا على القول بجواز توكيله والا فلا اذ لا دليل دالا على التوكيل ويجي على احتمال تسويغ التصرف مع تعليقنا الوكالة تسويغ التصرف ههنا وان لم تصح الوكالة لكن على هذا تنتفي هذه الفائدة اصلا ويجب ان يكون تام البصيرة عارفا باللغة التي يحاور بها المراد كونه تام البصيرة فيما وكل فيه عارفا باللغة التي يحتاج ذلك النوع من التصرف الى المحاورة بها بان يكون مليا بتحقيق مراد الموكل وقال ابن البراج بالوجوب وهو ظاهر عبارة ابي الصلاح وهو ضعيف ويصح ان يكون الوكيل فاسقا ولو في ايجاب النكاح او كافرا كما لا يكون الفسق والكفر مانعا من مباشرة ذلك لنفسه فيجوز ان يكون الفاسق والكافر وكيلا فيه خلافا لابي الصلاح وابن البراج حيث قالا ان الفاسق لا يجوز ان يكون وكيلا في ايجاب النكاح عنها لتقابلهن بسلب ولايته بالفسق لان سلب ولايته لا تقتضي سلب صحة عبارته نعم لا يجوز للكافر ان يكون وكيلا في تزويج المسلمة لانه لا يملك مباشرة ذلك لنفسه اي بالولاية لامتناع كونه وليا على المسلمة فيمتنع ان يملكه بالنيابة عن غيره ولان الوكالة في تزويجها نوع من السبيل عليها × وجوزه ابن ادريس تمسكا بالاصل وهو ضعيف لوجود المعارض وهو قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين الاية او عبدا باذن مولاه وان كان في شرا نفسه من مولاه او في اعتاق نفسه اي يجوز توكيل العبد لكن باذن السيد لان الغرض

او اعتاق ص

صح

صحة عبارته واهليته للتصرف والمانع انما هو كون منافعه مملوكة لمولاه فمع اذنه يزول
المانع ولا فرق في اشتراط اذن المولى بين توكيله فيما يمنع شيئا من حقوقه وعدمه لان
جميع منافعه ملك لمولاه وذهب في التذكرة الى جواز التوكيل بدون اذنه اذا لم يمنع شيئا من
حقوقه وفيه نظر لان المنافي ان كان هو ان منافعه بجميعها ملك للمولى فلا يجوز الانتفاع بها
بدون اذنه ولا يعتد بها في نظر الشرع بدون الاذن لم يفرق فيها بين المانع من حقوق المولى
وعدمه لا يحصل لذلك لان جميع منافعه حقوق للمولى وان كان المانع هو منافاة التوكيل لانتفاع
المولى وجب ان لا يفرق بين كثير المانع وقليلها لكثرة تجويز ان يستغزله ويستنفيه حيث لا يمنع انتفاع
المولى ولا يخفى بطلان ذلك ولا يقال يلزم ان لا يجوز مخاطبة العبد ومحاورته بما يستدعي
تكلمه لانا نقول انا نلتزم بطلان اللازم نقدح ذلك باطباق الناس عليه وجريان العادة
به مجرى مجرى الشرب من ساقية الغير بغير اذنه ويصح توكيله في الاشترا حتى في شرا نفسه من
مولاه على اصح القولين كما سبق في البيع ويكفي في مغايرة الوكيل للبيع المغايرة الاعتبارية
وكذا القول في توكيله في اعتاق نفسه وان تكون امراة في عقد النكاح خلافا للشافعي وقد
اسلفنا ان عبارتها في النكاح معتبرة لنفسها ولغيرها وطلاق نفسها وغيرها اما توكيلها
في طلاق غيرها سواء كانت زوجة لزوجها او لاجنبي فلا مرد لان الطلاق فعل يقبل النيابة كما
اسلفنا وعبارتها فيه معتبرة وهو اصح وجهي الشافعية واما طلاق نفسها فلان المغايرة
بين الوكيل والمطلقة يكفي فيها الاعتبار وقد بينا ان الطلاق تدخله النيابة ومنع الشيخ في
المبسوط من توكيل المراة في طلاق نفسها وتبعه ابن ادريس وهو ضعيف وان يكون
محجورا عليه لسفه او فلس لانه صحيح العبارة وانما منع من التصرف في مال نفسه ولا يصح
ان يكون محرما في عقد النكاح وشرا الصيد وبيعه وحفظه لامتناع اثبات المحرم يده على
الصيد وتصرفه فيه ببيع وغيره وكذا النكاح والانكاح ولا معتكفا في عقد البيع حيث لا
يجوز له ذلك فان توقف دفع ضرورة يخاف الدم على فعله جازت الوكالة ولو ارتد
المسلم لم تبطل وكالته ظاهرهم انه لا فرق بين كون الردة عن فطرة او لا وعلله في
التذكرة بان الردة لا تمنع التصرف لنفسه لا للغير ولا يصح ان يتوكل الذمي على المسلم للذمي
ولا المسلم ويكره ان يتوكل المسلم للذمي على المسلم الى كالة بالنسبة الى الاسلام والكفر ثمانية
مسائل وذلك لان الوكيل اما مسلم او ذمي وعلى التقديرين فالموكل اما مسلم او ذمي وعلى

كان نعم لو كان يتردد في جواز الوسائم

لمطرده

للمنع

التقديرات الاربعة فالموكل عليه اما مسلم او ذمي فهنا مسائل ثمان لا تصح الوكالة منها في صورتين
وكالة الذمي على المسلم لذمي او مسلم باجماعنا لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا
ويكره ان يتوكل المسلم للذمي على المسلم على المشهور لانتفاء المانع وعبارة الشيخ في النهاية
تؤذن بعدم الجواز وهو ضعيف وما عدا هذه الصور الثلث فلا مانع من صحة التوكيل
فيها وللمكاتب ان يتوكل بجعل مطلقا وبغيره باذن السيد اما الاول فلان سلطنة
السيد قد انقطعت عنه ولا حجر عليه في التصرفات التي لا تضييع فيها واما الثاني فلانه
محجور عليه في اتلاف امواله ومنافعه لاجل اداء عوض الكتابة فاذا اذن السيد لعبده في
التجارة لم يكن له ان يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره ولو عين له التجارة في نوع لم يجز التجاوز عنه
لان ذلك خارج عن مقتضى الاذن ولو وكل اثنين وشرط الاجتماع او اطلق لم يجز
لاحدهما التفرد بشيء من التصرف وان كان في الخصومة وذلك لان توكيله اياهما يؤذن بعدم
رضاه بتصرف احدهما ولان التوكيل لهما صدر كذلك ولا فرق بين الخصومة وغيرها وللشا
فعي قول بان لكل واحد من الوكيلين الانفراد في الخصومة لعسر الاجتماع عليها ولو مات
احدهما بطلت الوكالة لانه لم تثبت لاحدهما الاستقلال كما بيناه وليس للحاكم ان
يضم اليه امينا وكذا لو غاب لانه لا ولاية للحاكم هنا بخلاف الوصيين لان النظر في حق
الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص الى احد قام الحاكم ايضا في النظر الى اليتيم ولو غاب الموكل
فمات احد الوكيلين فليس ببعيد ان للحاكم ان يضم الى الباقي امينا في التصرف الذي يتولاه
الحاكم عن الغائب ولو غاب احد الوكيلين فالحكم كالموت ولو وكلهما في حفظ ماله حفظا
معا في حرز لهما المراد بكونه لهما ان يكون الاحراز فيه متعلقا بهما معا ولا يجوز لاحدهما الا
نفراد بحفظه ولا قسمته ان قبل القسمة خلافا لبعض الشافعية لان المأذون فيه هو
حفظهما معا فيجب اتباع الاذن ولو شرط لهما الانفراد جاز لكل منهما ان يتصرف من
غير مشاورة صاحبه في الجميع اي في جميع متعلق الوكالة لثبوت الوكالة لكل منهما بانفراده
في الجميع والاقرب جواز وكالة الواحد عن المتخاصمين وعن المتعاقدين فيتولى طرفي العقد
حتى في استيفاء القصاص من نفسه وما دونه منه والحد هنا مسئلتان احديهما ان يكون الواحد
وكيلا عن المتخاصمين في تلك الخصومة ووجه الجواز وجود المقتضي وهو التوكيل فيما تصح الا نيابة
فيه وما يتخيل كونه مانعا وهو نيابته عن الطرفين لا يصلح للمانعية لتمكنه من ايراد الحجة

عن احدهما

عن احدهما فذكر دافع الآخر من غير سبيل متعمداً للحق كما هو شان الوكيل ويحتمل عدم الجواز لانه
لا بد من الاستيفاء والمبالغة فيحتمل الغرض لان غرض كل واحد منهما ان ينوب منابه في تحقيق
مطلوبه ولا ريب في تضاد مطلوبهما فيمتنع الجمع بينهما فان قيل الواجب الاستقصاء بالحق وان
امر باحد الجانبين قلنا اولا ان التوكيل والاستنابة انما وقع فيما يريده الموكل ولا ريب انه انما
يريد دفع خصمه والاستقصاء في التشبث عليه ينافي ذلك وثانيا ان الاستقصاء على هذا التقدير
يجب ان يكون من الجانبين والحق لا يكون في الجانبين فيكون مستقصيا لما ليس موضع توقف الشيخ
في المبسوط ذكر الوجهين ثم احتاط بالمنع الثانية ان يكون الواحد وكيلا عن المتعاقدين وقد
منع منه بعض الاصحاب حكاه الشيخ في المبسوط قولا وهو محكي عن ابن ادريس في باب آخر السمسار
من السرائر لان الاصل في العقد ان يكون من اثنين احدهما موجب والآخر قابل والاقرب عند المص
الجواز عملا بعموم اوفوا بالعقود ونحوه والاثنينية المعتبرة في الايجاب والقبول حاصلة فان الوكيل
من جهة كونه بايعا مغاير له من جهة كونه مشتريا وهذا القدر كاف في تحقق الايجاب والقبول
ولانه يجوز للاب تقويم جارية الابن على نفسه وليس المراد به الا توليته طرفي العقد الناقل للملك
وهو الاصح وعلى هذا فيجوز ان يكون وكيلا في استيفاء القصاص من نفسه سواء كان في النفس
او في الطرف اذ لا مانع فان الغرض حاصل والتهمة منتفية ومنع منه بعض الشافعية وينبغي
تقييده بما اذا كان الموكل هو صاحب الحق اما لو كان وليا او وكيلا قد اذن له في التوكيل
فالمتجه منعه من توكيل من عليه القصاص الا بالاذن لان غرض التشفي لا يحصل باستيفائه
هو من نفسه كما يحصل بالاستيفاء منه قهرا وكذا يجوز توكيل المديون في استيفاء الدين من
نفسه لما قدمناه وفيه وجه بالمنع ضعيف وهو منقول عن الشيخ رحمه الله اما الحد فقد اطلق
المص هنا جواز التوكيل في استيفائه ممن يثبت عليه وفي التذكرة منع من توكيل الامام الجاني
في جلد نفسه لانه متهم بترك الايلام بخلاف القطع وجوز توكيل السارق في قطع يده وما ذكره
في التذكرة هو الصواب لان الحق اما حق الله او له وللادمي فلا يجوز ارتكاب ما يؤذن بالاخلال
بالايلام المعتبر فيه واعلم ان العطف في العبارة يجري لا يخلو من تكلف لان العطف بها انما يصح
حيث يكون المعطوف من جملة المعطوف عليه نحو قدم الحاج حتى المشاة وكون ما بعدها من جملة
ما قبلها هنا يحتاج الى تكلف ظاهر فتكسر فلو وكله شخص ببيع عبد وآخر بشراء عبد جاز
ان يتولى الطرفين تفريع على ما سبق فدليل صحته يستفاد مما ذكر ولا يخفى انه انما يسوغ له ذلك

يمكن ان يقال ان الوكيل على طرفي [illegible]
[illegible]
[illegible]

اذا استقصى في البيعة الى الحد الممكن عادة ولم يقصر في اعلام ذوي الرغبات في مكان البيع
ولم يجد عبداً بين الاوصاف وباع بدون ذلك والا لم يجز الشراء ومراد المص معلوم فانه يريد
بيان جواز تولي الطرفين للوكيلين ما شرط البيع والشراء فيستفاد من موضع آخر فيعتبر
هنا لا محالة ولا يشترط علم الموكلين بان يشتري لاحدهما او يبيع عن الآخر ولو وكل زوجته
او عبد غيره ثم طلق الزوجة او اعتق العبد لم تبطل الوكالة لانه لا مدخل للزوجية والعبودية
في صحة الوكالة فلا تبطل بزوالهما اعلم ان توكيل عبد الغير باذن مولاه ليس استخداماً ولا امراً وانما
هو توكيل حقيقي ويتفرع عليه ما لو تلف معلوماً واعتق مجهولاً ولو فرق معلوماً جاز وان تفكك الضمير لعدم
اللبس ولو اذن لعبده في التصرف في ماله ثم اعتقه او باعه بطل الاذن لانه ليس على حد الوكالة
وانما هو استخدام تابع للملك فاذا زال الملك امتنع بقاؤه هذا اذا كان الاذن بغير لفظ التوكيل
وكونه مما يؤدي مؤداه اما اذا كان بلفظه فيحتمل بقاء حكم التوكيل بعد الاعتاق والبيع عملاً بالا
ستصحاب ولان المولى ليس بشرط في صحة توكيل عبده وهو ظاهر وليس بمانع كما تقدم بيانه فاذا وقع
التوكيل لم يرتفع الا بما يقتضي عزل الوكيل وهو الاصح نعم يجب في صورة البيع استيذان المشتري
لانتقال المنافع اليه ويحتمل البطلان نظراً الى ان توكيل العبد استخدام له واستيفاء لمنافعه فيزول
بزوال الملك وضعفه ظاهر مما عرفت اذا عرفت ذلك فاعلم ان مقتضى عبارة الكتاب ان المراد بالاذن
في قوله ولو اذن لعبده في التصرف الاذن الذي لا يكون بلفظ التوكيل وما في معناه بدليل قوله لانه
ليس على حد الوكالة فلا يكون قوله ويحتمل بقاء الوكالة واردا على الاذن المذكور اذ ليس توكيلاً كما
عرفت الا انه خلاف المتبادر في الفهم من نظم العبارة وفيه كلام ايضاً من وجه آخر وهو انه قد سبق
في اول الفصل ان الاقرب جواز توكيل عبده ولا معنى لذلك الا كونه توكيلاً حقيقياً فيجب ان لا
يزول التوكيل في الزوجة بالطلاق وكان المص انما اقتصر على قوله لو اعتقه دون البيع لتصير منافعه
ملكاً لشخص آخر فيمتنع بقاء الوكالة من دون الاذن وضعفه ظاهر لان عدم جواز التصرف
بدون اذن المشتري لا يقتضي زوال التوكيل والذي ذكره المص في التذكرة في تصوير المسئلة
هو انه فرضها فيما اذا وكل السيد عبده في تصرف ثم باعه او اعتقه وبنى الحكم فيها ببقاء الاذن في
التصرف على ان ذلك توكيل حقيقي ام لا ثم حكى ان بعض الفقهاء فصل فقال ان كانت الصيغة
وكلتك بقي الاذن وان امره بالفعل ارتفع الاذن بالعتق والبيع ومقتضى آخر كلامه انه لا
فرق بين وقوع الاذن بلفظ التوكيل اولا وان كان اول كلامه قد ينافي ذلك لانه صدر المسئلة

بانه حنث

وقدم

من ان التوكيل الحقيقي غير ممتنع بالنسبة اليه فاذا صدر لفظه وجب العمل بمقتضاه اذا عرفت م

بزوال الملك كما لا يزول م

بالتوكيل

بالتوكيل والذي يتضمنه النظر الفرق بين التوكيل والاذن وكون احتمال البقاء وعدمه انما هو على تقدير التوكيل وان الاصح البقاء ووجه قوله ولو وكل عبد غيره ثم اشتراه لم تبطل وكالته بعد ما ذكرناه واضح ان يكون مملوكا للموكل اللازم اي التصرف فمن شرط صحة الوكالة ان يكون التصرف مملوكا للموكل في وقت صدور عقد التوكيل والظاهر ان ذلك متفق عليه عندنا وللشافعية خلاف في ذلك فاكتفى بعضهم بكونه مملوكا حال التصرف فلو وكل المحرم في النكاح بعد الاحلال صح عنده X وكذا لو وكل المسلم ذميا في شرا الخمر او بيعه او المحرم محلا في ابتياع صيد وعقد نكاح ربما يورد على العبارة ان هذا قد سبق ذكره فيكون اعادته تكرارا واجيب عنه بان المقتضي لذكره فيما مضى مخالف للمقتضي هنا لانه ذكر هناك باعتبار حال الموكل وحال الوكيل وهنا باعتبار حال الموكل فيه ولاعتبارا خلاف كان في الاختلاف على سبيل الجملة ولا يشترط استقرار الملك فلو وكل في شرا من ينعتق عليه صح لان الموكل فيه هو الشرا واستقرار الملك وعدمه لا دخل له فيه ولو قال اشتر به لي من مالك كرطعام لم يصح لانه لا يجوز ان يشتري الانسان بماله ما يملكه غيره وذلك لان المعاوضة تقتضي انتقال كل واحد من العوضين الى مالك العوض الآخر وهذا كما قال المحقق لمن رهن بع الرهن لنفسك فانه لا يصح ذلك اذ لا يتصور بيعه لنفسه وكذا لو قال بعه لي واقبضه لنفسك فانا اقبضه لا يصح لمثل ما قلناه ولم ينظروا الى دلالة القرائن ههنا كما نظروا اليها في استفادة جواز التوكيل للوكيل بتوقفه على كل فيه وكونه ذلك تمسكا بظاهر اللفظ هنا وتحكيما للعادة الجارية هناك لاطرادها بذلك فتبع لو قال طلقها وحتى ثلثا فانه يكون وكيلا في الرجعتين بينهما لاستبعاد ذلك نظرا الى ان الموكل فيه هو الطلاق الشرعي ولا يتم الا بالرجعة ولو علم منه ان يريد بذلك البينونة فالحكم بما قلناه ح انتهى لكن يرد عليه ان ذلك توكيل في مثل هذا جائز لانه وقع تابعا للعين ويكون مالو وكله في شرا شاتين وبيع احدهما اما لو وكله فيما لا يملكه استقلالا كما لو وكله في طلاق زوجة سينكحها فانه لا يصح والفرق بين وقوع الشي اصلا وتابعا كثير لان التابع يقع مهملا بعد الحكم بصحة الوكالة واستكمال اركانها وقد وقع الايماء الى ذلك في التذكرة في تضعيف الموكل في آخر الكلام على ما وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين وباع احديهما ولو قال اشتر لي في ذمتك واقبض الثمن عني من مالك صح لان شرا الوكيل للموكل في ذمته ممكن وكذا اداء الوكيل دين الموكل من ماله ~~وذلك لان تغير الدين في ماله بحسب امر راجع الى المديون للتخيير~~ الوكيل صح

الرابع متعلق الوكالة وشروطه ثلثة الاول م

او الكافر مسلما في شرا مسلم او مصحف م

فيضعف لانه لا يملك الموكل وقت التوكيل فان الموضعين بالطلاق الا اذا تبعت صحت انه لا يشترط الكل فيها الا بالتنجيز م

وذلك لان تعيين الدين في مال خبرة امر راجع الى المديون لانه مخير في جهات القضاء، وأما بعد تسليمه الى البائع صح

في جهات القضاء وأما بعد تسليمه الى البائع ممكن. قوله: ولو قال اشتر لي بما في ذمتك لي عليك
صح وبرئ بالتسليم الى البائع لان صاحب الدين انما يملكه بقبضه اياه او بما يقوم مقام قبضه
وليس المديون وكيلا في القبض فاذا سلمه الى البائع عن الموكل تعين له لكن هل يفرق بين ان
يقع الشراء بالعين او بالذمة يحتمل الفرق لانه في وقت الشراء لم يتعين المال المجعول ثمنا للموكل
وانما هو باق على ملك المديون اعني الوكيل فلا يتصور وقوعه عوضا عما يشتريه للموكل ويحتمل
العدم لانه قد تعين للوكيل بالتعيين وان لم يتم الملك وبراءة المديون انما يكون مع تمام الملك
واما صحة البيع فيكفي فيها حصول اصل الملك وينبغي تأمل هذا المبحث لانه لا يحضرني الآن فيه
شيء سوى ما ذكرته. قوله: أن يكون قابلا للنيابة كانواع البيع والحوالة والضمان والشركة والقراض
والجعالة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح والرهن وقبض الثمن والوكالة والعارية
والاخذ بالشفعة والابراء والوديعة لا خلاف في جواز التوكيل في البيع ايجابا وقبولا وفي جميع انواعه
كالسلم والصرف والمرابحة ونحوها وفي توابعه من القبض والاقباض والفسخ بالخيار بانواعه
والاخذ بالشفعة واسقاطها ووجهه ان الشخص قد يترفع عن التردد في الاسواق وقد لا
يحسن التجارة او لا يتفرغ لها لاشتغاله بغيرها من امور الدين او الدنيا وقد يكون مأمورا بالتخدير
كالمرأة فاجاز الشارع الاستنابة فيه دفعا للحاجة وتوسيعا على الادمي وتوفيرا لزمانه على العبادة
التي هي السبب الاصلي في خلقه وقد سبق ذكر البحث عن صحة التابع في شراء شاة وكذا يجوز في الحوالة
ايجابا وقبولا فانها اقتياض او استيفاء وكذا الضمان والشركة عقدا ومزجا وعقد القراض وكذا
في فعل متعلقه بان يستنيب العامل ان اذن له المالك والا فلا فان لم تذكره وينبغي ان يكون ذلك
فيما يتوقف على اذن المالك كما في المساوقة وايقاع عقد البيع وعقد الجعالة والفعل الذي هو متعلقها
وكذا يصح في عقد المساقاة والمزارعة والاجارة والعمل الذي هو متعلقها مع الاذن وكذا
عقد النكاح وايقاع الطلاق والخلع بطرفيه والرجعة وظاهر كلام التذكرة جواز التوكيل في اثبات
النفقات بان يتسلم عن زيد مدا من بر وعقد الصلح والرهن وقبض المرهون وقبض الثمن في البيع
كالبيع والعوض في الصلح ونحوه وكذا يصح التوكيل في الوكالة بان يوكل شخصا ان يوكل آخر على ما سبق
وكذا يصح التوكيل في العارية بالنسبة الى العقد واستيفاء المنافع مع الاذن وكذا الابراء و
الهبة وعقد الوديعة وقبضها باذن المالك وقبض الاموال مضمونة كانت او لا. قوله: وقسمة
الصدقات واستيفاء القصاص والحدود مطلقا في حضور المستحق وغيبته وبعقد الديات و

الجهاد على وجه اثبات حدود الآدميين لا حدود الله تعالى وعقد السبق والرمي والعتق
والكتابة والتدبير والدعوى واثبات الحقوق والخصومة وان لم يرض الخصم وسائر العقود
والفسوخ والضابط كل ما لا غرض للشارع فيه في التخصيص بالمباشرة من فاعل معين لا ريب في انه
يجوز توكيل الامام في قبض الصدقات وتفريقها على الفقراء وفي توكيل المالك في دفعها الى مستحقها
وتوكيل الفقراء في قبضها عنه وكذا الخمس والكفارات وقد بعث النبي صلى الله عليه وآله عماله لقبض الصدقات
وتفريقها ويجوز توكيل الفقيه في زمان الغيبة في صرف حصة الامام الى مستحقها فان ذلك فعل
قابل للنيابة وينبغي تعيين الحاكم المستحقين احتياطا لكونه مال الغائب ويجوز توكيل المستحق في القصاص
في استيفائه سواء كان في النفس ام في الطرف وكذا الحدود مطلقا اي سواء كانت حدود الآدميين
كحد السرقة والقذف ام حدود الله تعالى كحد الزنا ولا فرق في ذلك بين حضور المستحق وغيبته
ومنع بعض الشافعية من التوكيل في استيفاء حدود الآدميين في غيبة المستحق لانه لا يتيقن
بقاء الاستحقاق عند الغيبة لاحتمال العفو ولانه ربما رق قلبه حال الحضور فيعفو فيشترط
الحضور ويضعف بان الاصل البقاء والاحتمال لا اثر له ايتاء مع حضوره ورجاء رقة قلبه
لا ينهض مانعا وكذا يجوز التوكيل في قبض الديات كسائر الاموال ويجوز التوكيل في الجهاد لان
الغرض حراسة المسلمين وحفظ عمود الدين وليس الغرض صدوره من معين فمن اتى به حصل الغرض ولم
يتعلق به الوجوب الا ان يتعين المكلف لذلك بتعيين الامام اياه لشدة بلائه في الحرب او لجودة
رأيه ووفور عقله وكونه ذكر المصالح وكذا لو دهم المسلمين عدو وتوقف الدفع عليه فانه يتعين
وان لم يعينه الامام فلا يجوز التوكيل وهذا هو المراد بقول المصنف على وجه وكذا يجوز التوكيل
في اثبات حدود الآدميين وعقوباتهم لانه حق لآدمي لا يختص فعله بمباشر معين ومنع ابو
يوسف من ذلك ما عدا حد الله تعالى فقد صرح المصنف بالمنع من التوكيل في اثباتها هنا وصرح في
التذكرة بالجواز محتجا بان النبي صلى الله عليه وآله وكل انيسا في اثبات الحد واستيفائه جميعا فانه قال يا انيس
اعترفت فارجمها قال وهذا يدل على انه لم يكن قد ثبت فقد وكله في اثباته ولان الحاكم اذا ا
نائبا في عمل فانه يدخل في ذلك النيابة الحدود واثباتها فاذا دخلت بالتوكيل في العموم فبالتخصيص
اولى ثم حكى عن الشافعي القول بالمنع من التوكيل في اثبات حدود الله تعالى الا ان اراد توكيل الامام
فيتمشى والاصح خلافه كما في التذكرة وان اراد به توكيل واحد من الآدميين فهو في اثباته فهذا
قال بعضهم صحيح فان ذلك ليس الا علم بالحال فاثباته حقه بالاصالة حسبة لاستواء الآدميين في ذلك

في ذلك ورده وصرح في برهانه لا يجوز التوكيل في اثبات الحدود الا حد القذف اذا عرفت ذلك فاعلم ان منع المصنف هنا من التوكيل
ح

وان لم يعلم الحد انه او سمع من ان يتوكل ان يرى به واثباته من لا يعلم كونه حقا ويجوز في التادية
التوكيل في الدعوى بحدود الله تع وفيه ما علمته وكذا يجوز التوكيل في عقد السبق والرمي كساير
العقود وكذا ايقاع العتق والتدبير وعقد الكتابة ايجاباً وقبولاً وكذا يجوز التوكيل في الدعوى
على الغير ولا يفتقر الحاكم الى كون المدعى به حقا لانه نايب مناب الموكل في انشايها فكانه حاك لقوله
وكذا اثبات الحجة اي بيانها وايضاحها عند الحاكم كاحضار الشاهدين واستشهادهما وعدد
الشياع وكذا التوكيل في اثبات الحقوق المالية وغيرها كالجناية والتحجير ولا اختصاص له باولوية
بيت في المدرسة ومكان في المسجد ونحو ذلك وكذا التوكيل في الخصومة الا برضى الخصم واعتبر بعض
العامة العذر كالمرض والتحيز وبعضهم حقير مع سفاهة الخصم وخبث لسانه والكل ضعيف
وكذا يجوز في ساير العقود من الوقف والهبة والحبس والعمرى والرقبى والوصية ايجاباً
وقبولاً وفعل متعلقها مع عدم المانع ونحو ذلك ومنع بعض الشافعية من التوكيل في هذه لكونها
قربة ضعيف فان القربة لا تنافي النيابة وكذا يجوز التوكيل في ساير الفسوخ والحاصل ان كل فعل
لم يتعلق غرض الشارع بايقاعه من مباشر معين يجوز التوكيل فيه فهذا هو الضابط وان كان
يستفاد هذا الحكم الا بالتتبع والاستقراء وينبغي التنبيه لشيء وهو ان كل ما تدخله النيابة وهي
على الفور لا يصح التوكيل لعينه اذا ادى التوكيل الى الفور لانه يؤدي الى اسقاطه اما ما لا تدخله النيابة
فلا يصح التوكيل فيه وهو كل ما تعلق غرض الشارع فيه بايقاعه من المكلف به مباشرة كالطهارة
وان جازت النيابة في تغسيل الاعضاء مع العجز والصلوة الواجبة ما دام حيا وكذا الصوم والا
عتكاف والحج الواجب مع القدرة والنذر واليمين والعهد والمعاصي كالسرقة والغصب
والقتل بل احكامها تلزم متعاطيها والقسم بين الزوجات لانه يتضمن استمتاعا والظهار واللعان
وقضاء العدة لاشتماله فان كل فعل تعلق غرض الشارع بايقاعه من المكلف به مباشرة
لا يصح التوكيل فيه كالطهارة فلا يتصور التوكيل فيها نعم اذا عجز المكلف عن غسل الاعضاء
او مسحها بنفسه لما يتعذر لا التيمم استناب في ذلك ولا يجوز الاستنابة في النية اصلا ويعلى
هذا يجوز ان يستنيب من ليس له اهلية التوكيل كالمجنون حتى لو غسله الساهي اجزأ لان الغرض [استناب]
ايصال الماء الى الاعضاء بنية نايبا فيجزي باي وجه اتفق وفي الحقيقة ليس هذا توكيلا حقيقيا ولهذا
في الغسل لم يعتد به ويجوز الاستنابة في التطهير من النجاسات مع القدرة لحصول الغرض بذلك
وهو ايصال الماء الى المحل النجس ولا يجوز الاستنابة في الصلوة الواجبة في حال الحيوة قطعا الا ركعتي.

سواء رضي الخصم ام لا سواء كان الموكل المدعي ام المدعى عليه وليس للآخر الامتناع ومنع ابن الجنيد من توكيل الحاضر في الخصومة م

تغسيل ص

التوكيل ر

حينئذ

الطواف

الطواف حيث يجوز للمكلف الاستنابة في الحج الواجب والمندوبة فيتبعه فيها ذلك كصلوة
الزيارة والطواف ولا تجوز النوافل المرتبة وما دري بمجريها وكذا لا يجوز النيابة في الصوم ما دام
المكلف حيا وظاهرا حال الاقهم انه لا فرق بين الواجب والمندوب وسائل الاعتكاف لاشتراطه
بالصوم اما بعد الموت فيصح فعل الصوم عنه تبرعا وبالاذن ميتة وبعوض ومجانا وان لم يكن
وليا وكذا الاعتكاف لعموم قوله ع فدين الله احق ان يقضى ولبعض العامة في هذه المواضع
خلاف واما الحج الواجب فلا تدخله النيابة مع القدرة بخلاف المندوب واما مع العجز فقد سبق حكمه
وكذا لا يصح التوكيل في الشهادة والعهد واليمين فيتبع لفظه وكذا المعاصي كالسرقة والغصب
والقتل وغير ذلك لا يفتقر التوكيل فيها بل احكامها تلزم متعاطيها اي فاعلها وكذا القسم بين
الزوجات وان كان الوكيل محرما للزوجة لانه يتضمن استمتاعا وكذا العود في الظهار لانه
رفع وبيان معنى اليمين ولانه يمين وكذا اللعان لانه يمين او شهادة وكذا الايلاء لانه يمين وقضاء العدة
لانها لاستبراء الرحم وكذا الرضاع لانه يختص بالمرضع والمرتضع لانه يختص بانبات اللحم المتفقع
وانتشار عظمه بلبن المرضع فــروع يصح التوكيل في القضاء والحكم بين الناس وقسمة الفيء
والغنيمة وكذا يجوز للحاكم ان يوكل من ينوب عنه في الحجر ويتوكل الغرماء من يطالب الحاكم اما المحجور
عليه فلا يصح ان يستنيب من يحكم عليه بالحجر عنه ت القاعدة الثالثة لا يصح التوكيل
فيما هو متعلق بمن سلم عليه وجوبه ويرى في التوكيل مودة الحياة ولو سلم على جماعة فوكل
منهم منهم فقد اتى بالواجب اما ل وكذا القول في سائر الواجبات الكفائية كصلوة الجنازة
واقامة الحجج العلمية ورد الشبه ومثلا للصنائع ونحوها فانه يفتقر في كل من لا يجب عليه كالصبي
فيما عدا كصلوة الجنازة ورد السلام الا على القول بان افعال الصبي شرعية وهل يصح التوكيل
في السلام فيتعد سلاما شرعيا حتى يجب رده فيه نظر ينشأ من اطلاق قوله تع واذا حييتم
بتحية ومن حمله على المعهود ج يجوز التوكيل في نفس الجزية والمطالبة بها قاله في التذكرة
وفي قبا ضها ومشكل على بعض تفسيرات الصغار للزوم الاخلال به وكذا يجوز التوكيل
في عقد الذمة من الطرفين د في التوكيل في اثبات اليد على المباحات كالالتقاط ولا
صطياد والاحتشاش والاحتطاب نظر اختلف كلام الشيخ في التوكيل في تلك المباحات فمنع
منه في الاحتطاب والاحتشاش وسوغه في احياء الموات والجمع بين الحكمين مشكل وفرق بين الاحياء
وجعل النظر في مسئلة الكتاب على ان تلك المباحات ينتقل الى الاتمام لا فعل القول بانتقاله

في الشركة بخطه رحمه الله

يجوز التوكيل لا بدونه وقد اسلفنا فيما مضى ان هذا البناء غير واضح لانه انما يتم اذا قلنا بان المباح
يملك بالحيازة على وجه القهر كالارث وان نوى عدم التملك ولا دليل يدل على ذلك وقد صرح
بان من حفر بئرا في طريق ليغرف منها للاستقاء منها مدة مقامه عليها يكون اولى بها الى ان يرتحل عنها
ثم هو وغيره سواء فيها وتحقيق المسئلة قد سبق والاصح صحة التوكيل في ذلك اذا عرفت ذلك فاعلم
انا اذا جوزنا التوكيل في هذا جوزنا الاجارة عليه وان منعناه منعنا الاجارة وبه صرح في التذكرة فيها در
وظاهر كلام صاحب الشرائع في كتاب الشركة صحة الاستيجار مطلقا نظرا الى انه بالاجارة يصير منافع
الاجير مملوكة للمستاجر فيملك بالحيازة ويضعف على القول بعدم صحة التوكيل في الحيازة لا يتصور
صحة الاجارة   ولا يصح التوكيل في الشهادة الا على وجه الشهادة على الشهادة والا فلا محرم
الشهادة على الشهادة ليست توكيلا في الشهادة بل هي شهادة بكون فلان شاهدا نعم فيها
مشابهة ذلك وملاحظته فلذلك عبر المص بقوله الا على وجه الشهادة على الشهادة وقوله والا فلا
محض تكرار لانه تقدم في قوله في الشاهد ع   وفي التوكيل على الاقرار اشكال فان ابطلناه
ففي جعله مقرا بنفس التوكيل نظر اما الاول فمنشاؤه من ان الاقرار هو اخبار الانسان عن حق
عليه ولا اخبار هنا لغيره لا يمكن الاستنابة فيه فلا يؤاخذ به الموكل كما لو قال رضيت بما يشهد به علي فلان
ولان الاصل براءة الذمة فيستصحب حكمها الى ان يتحقق الناقل الشرعي ولم يثبت كون ذلك موجبا
لشغل الذمة ومن ان قول الوكيل منزل منزلة قول الموكل فاخباره عنه كاخباره ولانه فعل يلزم به حقا فاشبه
البيع ونحوه امثال الخلف عنه غير مستقيم الاملال ويضعف بان فعل الوكيل انما يكون فعلا
للموكل اذا كان التوكيل صحيحا والقياس على البيع قياس مع الفارق فان البيع انشاء والاقرار
اخبار والامثال الاول ليس اقرارا ولهذا لو انكر الموكل تعلقه بعد زوال العذر لم يؤاخذ به والاصح
انه لا يصح وهو مختار الشيخ في الخلاف والمبسوط اذا تقرر هذا فعلى كل من الوجهين هل يكون التوكيل
بالاقرار بالشيء اقرارا به نظر ينشأ من ان الاول اخبار والتوكيل انشاء فلا يكون التوكيل اقرارا ام لا فيه م
وتنافي لوازم الاخبار والانشاء ظاهر لان الاخبار يحتمل الصدق والكذب ومقتضاه حاصل
بغيره ويقتضي تقدم وجود المخبر عنه بخلاف الانشاء ومن ان التوكيل تضمن الاخبار فيكون
اقرارا وفيه نظر لان ما تضمنه التوكيل هو صورة الاخبار وليس اخبارا حقيقة للعلم بان
قوله لزيد عندي وكذا في قوله وكلتك بان تقر عني بان لزيد عندي كذا لم يات به للاخبار بل لبيان
اللفظ الذي يخبر به هو في الحقيقة تتمة لبيان الموكل فيه والاصح انه لا يكون اقرارا فلا يحكم

انه تعالى اعلم

ان عبارة المص لا تخلو من مناقشة لان تفريع احتمال كونه مقرا بعتق الموكل على القول ببطلان
التوكيل غير ظاهر بل ذلك آت على تقديري البطلان والصحة فلا وجه لان يقول وفي كونه مقرا
بذلك نظر كما صنع في الارشاد   قوله ولو وكله في شراء عبد افتقر الى وصفه لينتفي الغرر ويكفي لو قال
عبدا تركيا وان لم يستقص في الوصف لا خلاف في انه لا يشترط ان يكون متعلق الوكالة معلوما
من جميع الوجوه التي تتفاوت باعتبارها الرغبات فان الوكالة عقد شرع للارتفاق ودفع
الحاجة فناسبه المسامحة ولانه من العقود الجائزة ومن ثم لم يشترط فيه القبول اللفظي ولا الفورية
في القبول لكن يجب ان يكون معلوما مبينا من بعض الوجوه حتى لا يعظم الغرر ولا فرق في ذلك بين
الوكالة العامة والخاصة وكذا ذكر المص في التذكرة وغيرها وضبط هذا لا يخلو من عسر ويمكن
رده الى العرف ان انضبط ذلك عرفا فلو وكل شخص في شراء عبد وجب كما الزم خاصة افتقر صحة التوكيل
الى وصفه لينتفي عظم الغرر المذكور سابقا في كلام المص فان عبدا متوغل في الابهام اما لو قال عبدا
تركيا فانه يصح وان لم يستقص في الوصف بحيث يستوفي جميع الاوصاف المعتبرة في السلم التي بها
يندفع الجهالة ويشكل بكون الغرر مانعا من صحة الوكالة مع ... فان التوكيل في
شراء عبد ينبغي للاستنابة في شراء عبد كان شراؤه مشتملا على مصلحة الموكل وان سلم فلا نسلم
انتفاء الغرر بقوله تركيا للتفاوت الكثير جدا بين افراد الترك بخلاف ما لو قال وكلتك في استيفاء
دين من ديوني ومخاصمة غريم من غرمائي او اعتاق عبد من عبيدي لعدم لزوم المحذور من ذلك
وقول المص ولو اطلق فالاقرب الجواز ينبغي الرجوع عما قرره من قبل ولو وكله في شراء عبد افتقر
الى وصفه فكانه اراه ولذلك كان نظم العبارة غير حسن ووجه القرب يعلم مما سبق وقال الشيخ
في المبسوط لا يصح لانه غرر وقد علمت مما ذكرناه وجه رده ولا ريب ان الوصف احوط والجواز لا
يخلو من قوة واحتمل شيخنا الشهيد وجها ثالثا وهو التفصيل بان المقصود بالعبد ان كان هو
التجارة لم يفتقر الى الوصف لان الغرض هو الاسترباح وان كان هو الخدمة افتقر ويرد عليه ان
الاسترباح يتفاوت تفاوتا بينا بتفاوت الاعيان   قوله ولو قال وكلتك على كل قليل وكثير
لم يجز لتطرق الغرر وعدم الامن من الضرر وقيل يجوز وينضبط التصرف بالمصلحة القائل بالجواز
هو الشيخ في النهاية وابن ادريس وجماعة ومنع من ذلك في المبسوط والخلاف للغرر العظيم وعدم
الامن من تصرف يوجب ضررا على الموكل كهبة ماله وتطليق نسائه وعتق رقيقه وتزويجه نساء
كثيرة والزامه المهور العظيمة والاثمان الجزيلة وقد يرد بان الضرر مندفع بكون التصرف مشروطا

بالمصلحة واصل الغرر غير قادح في عقد الوكالة ما تمه في التذكرة فرق بين ما اذا وكله في كل قليل
وكثير من غير ان يضيف ذلك الى نفسه وبين ما اذا اضافه فحكم بالبطلان في الاول لشدة الابهام
والغرر دون الثاني وهذه عبارته ولو ذكر الاضافة الى نفسه فقال وكلتك في كل امر هو الي
او في كل اموري او في كل ما يتعلق بي او في جميع حقوقي او في كل قليل وكثير من اموري او فوضت
اليك جميع الاشياء التي تتعلق بي او انت وكيلي مطلقا تتصرف في مالي كيف شئت او فصل الامور المتعلقة
به التي تجري فيها النيابة فقال وكلتك ببيع املاكي وتطليق زوجاتي واعتاق عبيدي او لم يفصل
على ما تقدم الحال قال فالوجه عندي الصحة في الجميع واحتج بانه لفظ عام فصح فيما تناوله كما لو قال بع مالي
كله ولانه لو فصل وذكر جميع الجزئيات المندرجة تحت اللفظ العام صح التوكيل فيكون الاجمال
صحيحا ثم ذكر احتجاج المانع بالغرر ودفعه بالانضباط باعتبار المصلحة والبحث في كلامه هنا يقع
في شيئين احدهما الفرق الذي ذكره وليس بذلك الواضح لان التوكيل انما يكون فيما يملكه
الموكل اذ لا يعقل ان يكون شخص آخر فيما لا يملكه الموكل فظاهر اللفظ وان كان مطلقا الا ان
التوكيل وقرينة المقام يقيده والثاني ان كونه متصرفا مقيدا بالمصلحة يدفع الغرر غير ظاهر لان
الجهالة في متعلق الوكالة باقية ومع ذلك فان المصلحة في الامور المنتشرة امر خفي جدا فلا يبعد
التزام احد شيئين اما كون الغرر غير مانع من صحة هذا العقد او القول ببطلان الوكالة في هذه المسئلة
ونظايرها لكن يلزم القول بالبطلان فيما اذا وكله في جميع اموره مفصلة لان تفصيلها لا يرفع
الغرر والذي تقتضيه القواعد القول بالصحة كقول ابن ادريس وان كان اعتبار التعيين احوط
ولو قال وكلتك بما الي من تطليق زوجاتي وعتق عبيدي وبيع املاكي جاز لاندفاع الغرر
بالتفصيل ولو قال بما الي من كل قليل وكثير فالاشكال منشأ الاشكال معلوم مما سبق وهو الغرر
واندفاعه بالتقييد بالمصلحة والفرق بين هذه وبين ما تقدم من قوله وكلتك على كل قليل وكثير
لم يجز اضافة هنا القليل والكثير الى نفسه واطلاقه هناك وفي الفرق تردد ولو قال
بع مالي كله واقبض ديوني كلها جاز وكذا بع ما شئت من مالي واقبض ما شئت من ديوني
لا فرق في الجواز بين ان يكون ماله وديونه معلومة في وقت التوكيل اولا للتقييد بالمصلحة ومنع
بعض الشافعية صحة التوكيل في بيع ماله ~~شيئا من ديونه ولم يبين فالظاهر عدم الصحة~~ قال ولو ط
وكذلك في بيع شيء من مالي او في بيع طائفة منه او قطعة منه او في قبض شيء من ديوني ولم يعين
فالظاهر عدم الصحة وفاقا للتذكرة لجهالة متعلق الوكالة من الجملة بخلاف المقيد بالمشية ولو

للجهالة ويجيء على قول الشيخ في ط عدم الصحة ~~وقال وكلتك في بيع شيء من مالي او في بيع طائفة منه او قطعة منه~~ او في قبض شيء م

قال اشتر عبداً بمايه او اشتر عبداً تركياً فالاشبه الجواز وجه القرب معلوم مما سبق وهو المفتى
به واحتاط الشيخ في المبسوط بعدم جواز التوكيل في شرآء عبد تركي او زنجي مطلقاً من دون
ان يسمى ثمناً وقد كان اللايق بنظم الكتاب ان يقدم هذه المسئلة على قوله ويكفي لو قال عبداً
تركياً لانه اذا جزم بالجواز من دون تعيين الثمن لم يكن لقوله فالاشبه الجواز بالنسبة الى هذه
المسئلة وجه ‌ ‌ ‌ والتوكيل بالابرآء يستدعى علم الموكل بالمبلغ المبرأ عنه ولو قال ابرئه
من كل قليل وكثير جاز ولا يشترط علم الوكيل ولا علم من عليه الحق صرح المصنف في التذكرة بانه لو وكله
في ان يبريه من الدين الذي عليه صح وان لم يعلم الموكل قدره ولا الوكيل عندنا وهو الذي يقتضيه
النظر وينزل كلامه هنا ان الموكل لم يقصد ابراه من كلما في ذمته قليلاً كان او كثيراً فيشترط حينئذ ‌ على م
علمه بالقدر ليصح الابرآء لا علم الوكيل نعم اذا قصد ابراه مطلقاً فهو بمنزلة ما لو وكله في ابرائه
من كل قليل وكثير واما علم من عليه الحق فليس بشرط اصلاً وربما قيل باشتراطه بنآء على ان الابرآء
تمليك لا اسقاط وسياتي تحقيقه ان شاء الله تعالى ‌ ‌ ‌ ولو قال بع بما باع به فلان سلعته
استدعى علم الوكيل بالمبلغ او الموكل ‌ اشترط في التذكرة لصحة البيع علم الوكيل بما باع به
فلان لان العهدة تتعلق به فلا بد ان يكون على بصيرة مما يفعل وهو متجه في موضع فاما ما
هنا فان ظاهره اشتراط ذلك لصحة التوكيل ويرد عليه انه لا دليل على ذلك لان تعلم الوكيل من
دون اعلام الموكل لا يندفع به الغرر فان كان مانعاً اشترط علم الموكل ثم لا يجوز للوكيل البيع
الا اذا علم القدر وان لم يكن مانعاً لم يشترط علم واحد منهما لكن يجب على الوكيل الاستعلام
قبل البيع واعتماد المصلحة ثم بما يثبت العلم بقدر ما باع به لا اعلم فيه تصريحاً وفي الاكتفاء بقول البايع
او المشتري او الدلال توقف ولو نزلت عبارة الكتاب على ان المستدعى لذلك هو صحة البيع لا
الوكالة على انه خلاف الظاهر لا يستقيم لان علم الموكل لا يكفي لذلك من دون علم الوكيل
لانه المتولي للبيع وعهدته عليه فلا بد ان يكون على بصيرة منه ‌ ‌ ‌ ولو وكله في مخاصمة غرمائه
جاز وان لم يعينهم عملاً بمقتضى العموم وفي قول للشافعي لا يكون حتى يعين من يخاصم لاختلاف
العقوبة ‌ ‌ ‌ اطلاق الاذن في البيع يقتضي البيع بثمن المثل حالاً بنقد البلد الا ما يتغابن
الناس بمثله لا خلاف في هذا الحكم ولا اصل فيه وجوب حمل اطلاق اللفظ على المعهود المتعارف
فان البيع ببعض ثمن المثل تخسير وهو خلاف الغالب الا القدر اليسير الذي جرت العادة با
المسامحة به ولا يعتد بنقصانه كدرهم في الف فان الناس يتغابنون بذلك ولا يناقشون به

فلا يؤاخذ به الوكيل وكذا القول في الحلول والنقد الغالب في البلد ومن ثم حمل الاطلاق عند البيع
على الحلول والنقد الغالب   وليس له ان يبيع بدونه او بدون ما قدره ان عيّن اذ لا يجوز له التصرف
في ماله الا بمقتضى الاذن فان فعل فهو فضولي وان سلّم العين مع ذلك فهو عاد   ولو حضر من
يزيد على ثمن المثل فالاقرب انه لا يجوز بيعه بثمن المثل وجه القرب انه تصرف يخالف الغبطة
والمصلحة والوكيل مأخوذ عليه ان يكون تصرفه مشتملاً على الغبطة ويحتمل الجواز لان الاطلاق
الوكالة عليه ذلك وهو الاصح   ولو حضر في مدة الخيار ففي وجوب الفسخ اشكال   بناءً على ما
قربه من عدم جواز البيع بثمن المثل مع وجود من يشتري بزيادة عنه لعدم بحصر باذل الزيادة
بعد وقوع البيع الا بعد وقوع البيع على الوجه المعتبر لكن كان ذلك في مدة خيار الموكل فهل
يجب على الوكيل الفسخ بالخيار ليبيع بالزيادة ~~بعد وقوع البيع الا بعد~~ وقوع البيع على الوجه
المعتبر ~~لكن كان ذلك~~ والضيق لطالب حصول الزيادة تكسب وهو غير واجب على الوكيل ومن ان
تصرف الوكيل مشروط بالغبطة ولا غبطة في ابقاء هذا البيع مع وجود باذل الزيادة ولان
البيع بالزيادة مع تحققه لها واجب ولا يتم الا بالفسخ فيجب فان قيل قد امتثل ما يجب عليه
والاصل براءة الذمة من وجوب غيره قلنا الامر ~~بعد~~ فان الواجب عليه هو البيع بالزيادة حيث
امكن عاده وهو ممكن هنا فيتعين المصير اليه والاصح ان الوكالة ان كانت شاملة للفسخ بالخيار
يجب الفسخ هنا ليبيع بالزيادة   وله ان يبيع على ولده وان كان صغيراً على رأي   منع
الشيخ من بيع الوكيل على ولده الصغير لانه يكون موجباً قابلاً ولتطرق التهمة ببيعه على نفسه
وهو ضعيف لما سبق من جواز كون الواحد موجباً قابلاً باعتبارين والتهمة مدفوعة بمراعاة
المصلحة والاصح الجواز وعلى ان ولده الكبير كالاجنبي فيصح بيعه عليه عندنا خلافاً لبعض الشافعية
كما يصح بيعه على صديقه   لا على نفسه الا ان يأذن الموكل فلا يتولى الطرفين   المنع
الشيخ رحمه الله من بيع مال الغير بولاية او وكالة من بيعه على نفسه الا الاب والجد وقد سبق
في الركن الثالث حكاية قوله بان الواحد لا يتولى طرفي العقد والاصح ان الوكيل يجوز ان يبيع لنفسه
اذا اذن له الموكل في ذلك لا بدونه سواء منع او اطلق لان المفهوم من استنابته في البيع البيع على
غيره فلا يتناوله الاطلاق وليس ببعيد استفادة الاذن من القرينة القوية كما لو قال بعه بمائة
ولا غرض لي متعلق بخصوص المشتري ونحو ذلك   واطلاق الاذن في الشراء يقتضي ابتياع
الصحيح دون المعيب بثمن المثل بنقد البلد حالاً لا نسيئة لان الغالب في المعاملة هو ذلك فيحمل

يتنزل على البيع بثمن المثل فيجوز البيع به على كل حال ويضعف بان البيع بثمن المثل في الحال انما يجوز حيث لا يوجد من يشتري بالزائد فيحمل اطلاق الوكالة م

اشكال ينشأ من موضعه

المنع م

الاطلاق

الاطلاق عليه ولا اثر للزيادة اليسيرة التي يتغابن الناس بمثلها ولا يجوز ان يشتري من نفسه كما لا
يجوز ان يبيع من نفسه الا بالاذن كما سبق والتوكيل في البيع يقتضي تسليم المبيع الى المشتري
ولا يملك الابراء من الثمن ولا قبضه اما الحكم الاول فلان البيع يقتضي ازالة ملك البايع عن
المبيع ودخوله في ملك المشتري فيجب التسليم اليه لانه من حقوقه وجعل بعض الشافعية كمتبض
الثمن في ان فيه وجهين واما الحكم الثاني فلعدم تناول الوكالة لواحد منهما لاختلاف مفهوم
الوكالة عن مفهوم الابراء من الثمن ولا فرق بين الصرف وغيره من اقسام البيع في ذلك خلافا
~~للشافعيه ولا يدل على واحد منهما بشيء من الدلالات وقال ابو حنيفة انه يملك الابراء من الثمن~~
وقبضه و لا يدل على واحد منهما بشيء من الدلالات وقال ابو حنيفة انه يملك الابراء من الثمن وقبضه م
وقبضه لكن هل له ان يسلم المبيع من دون احضار الثمن اشكال الاقرب المنع فيضمن لو
تعذر قبض الثمن من المشتري لما ذكر ان التوكيل في البيع يقتضي تسليم المبيع لا قبض الثمن وهم
جواز تسليم المبيع قبل قبض الثمن فاراد بيان حكمه ومنشأ الاشكال ان التوكيل في البيع حيث
اقتضى الاذن في تسليم المبيع دون قبض الثمن وجب ان يثبت بدونه والا لاقتضى التوكيل اذ لو تخلف
عنه لم يكن مقتضى له ومن اطلاقه منع الوكيل من تسليم المبيع اولا ووجه الاقرب فيما اختاره ان
التوكيل في البيع لم يقتض تسليم المبيع مطلقا بل مع مراعاة الاحتياط للموكل في حفظ الثمن
اذ لا دليل يدل على سقوط هذا الحق فيجب الجمع بينهما فان سلم الموكل الثمن او ابرأ المشتري
منه او حصلت مقاصته به من دينه لم يتوقف تسليم المبيع الى المشتري ح على اذنه وهذا
هو الاصح فعلى هذا لو سلم المبيع الوكيل قبل قبض الثمن فتعذر اخذه من المشتري ضمن الوكيل
لتضييعه اياه بالتسليم قبل قبضه وقال بعض العامة لا يضمنه بناء على اقتضاء البيع تسليم المبيع
لا قبض الثمن وليس بشيء ولو دلت قرينة على القبض ملكه بان يامره ببيع ثوب في
سوق غايب عن الموكل او في موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له الظاهر
ان الوكيل اذا اخل بالقبض هنا فتعذر الوصول الى الثمن يضمنه لانه المضيع له ومثله
ما لو اذن له في البيع على متغلب والموكل غايب وعاجز عن الاخذ منه وقد شهدت
القرينة بانه لولا رجاء قبض الوكيل منه لم يامره بالبيع وليس له بيع بعضه ببعض
الثمن الا مع القرينة كما لو امره ببيع عبدين اذ ليس للوكيل في بيع شيء بيع بعضه ببعض
الثمن لان التوكيل انما هو في بيع المجموع وهو مغاير للاجزاء ولان في التبعيض ضررا
بالموكل فلو فعل كان فضوليا ولو دلت القرينة المستفاده من الحال قرائن على التبعيض

قوله م

جاز فعله كما لو اذن ببيع عبدين او عبيد فانه يملك العقد عليهم جملةً وفرادى للعرف المستمر
في ذلك واستغناء الضرورة لتندر اتفاق من يشتري الجميع جملة واحدة بخلاف العبد الواحد
ونحوه من الاعيان والاثاث وغيرها كذلك وينبغي الرجوع في ذلك الى العرف فانما اطرد بشيءٍ
وجب المصير اليه والا فالعين الواحدة لا يجوز تبعيضها والاعيان المتعددة يجوز فيها الا
ولم ينص الموكل على شيء لم يجز تجاوزه فان فعل فهو فضولي لانتفاء الاذن فيه والى هذا اشار
بقوله لا ولو نص على وحدة الصفقة لم يجز التجاوز سواء تعددت الاعيان ام لا ولو اذن ان يشتري
من المالكين صفقة اي للوكيل حين اذن له الموكل على وحدة الصفقة في البيع او الشراء ان يشتري
من المالكين صفقة فيشتري العبدين من شريكين بعقد واحد وان تعدد المالك لتحقق اتحاد الصفقة
باتحاد القبول قال الشافعي لا يصح لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ويرده انه ليس عقدين
وانما هو واحد في قوة اثنين   ولو وكله في الشراء ملك تسليم ثمنه وقبض المبيع كقبض الثمن
وجهه مستفاد مما سبق لكن قال المصنف في التذكرة ان الموكل اذا منع الوكيل من تسليم المبيع لم يكن له
تسليمه محتجاً بانه من توابع البيع وتمام العقد وكون التسليم مستحقاً للمشتري لا يقتضي كون المستحق
هو تسليم الوكيل فالممنوع منه غير المستحق وليس بواضح لانه اذا سلم المشتري الثمن الى الموكل
انقطعت سلطنة الموكل عن المبيع ووجب على من كان بيده تسليمه الى مالكه وكذا القول في الثمن
في جانب الشراء فليتأمل ذلك   ولو وكله في التزويج كان له ان يزوجه ابنته كما اذا وكله
في البيع كان له ان يبيع منه ومنع بعضنا لعادة من ذلك وينبغي ان يجيء هنا على قول الشيخ المنع اذا
كانت صغيرة ولو وكلته المرأة في تزويجها لم يكن له ان يزوجها من نفسه لرواية الحلبي عن الصادق
عليه السلام واحتمل في التذكرة مع اطلاق الاذن الجواز نعم له ان يزوجها من ابنه ووالده وفي بعض
العامة وجهان   وله الرد بالعيب مع الاطلاق ومع التعيين اشكال المراد بالاطلاق
امره بشراء شيء من غير ان يعين شخصه ووجه ثبوت الرد هاهنا ان التوكيل انما ينزل على
الشراء الصحيح فاذا ظهر العيب كان له الرد وشراء ما وكل فيه وهو الصحيح لكن مقتضى هذا
التعليل انه لا يصح الشراء اصلاً وعلل في التذكرة صحة الشراء بانه انما يلزمه شراء الصحيح
في الظاهر وليس مكلفاً بالسلامة في الباطن لان ذلك لا يمكن الوقوف عليه فلا يجوز تكليفه
به ويعجز عن التحرز عن شراء معيب لا يظهر عيبه فيقع الشراء للموكل وهو قول اكثر
الشافعية كما لو اشتراه بنفسه جاهلاً بعيبه وحكي عن بعضهم عدم وقوعه عن الموكل

لقبض الثمن

لكنه لم

لكن يلزم على تعليله هذا عدم جواز الرد للوكيل هنا لان التوكيل في الشرآء لا في الرد وقد صرح
به بعد هذا فقال وهل يملك الوكيل الرد بالعيب قال عندنا لا لانه انما وكله في الشرآء لا في
الرد وصرح به في الفروع ايضا والحاصل ان القول بصحة الشرآء للوكيل ينافي جواز الرد من دون
اذنه والاحتجاج بانه اقامه مقام نفسه في هذا العقد ولواحقه انه ربما تعين الرد فيحصل الضرر
ضعيف لانه اذا اقامه مقام نفسه في الشرآء خاصة وكما يحتمل رضاه بالرد يحتمل عدمه فيختار الترك
لا يخلو من قوة اما مع التعيين وهو التوكيل في شرآء شيء بعينه فيه اشكال ينشا من ان التوكيل
في الشرآء لا يندرج فيه التوكيل في الرد كما سبق ولان المالك قد قطع نظر الوكيل واجتهاده
بالتعيين وربما كان قد اطلع على عيبه ومن ان الظاهر والغالب انه لا يرضى بالمعيب وقد
اقامه مقام نفسه فكان له الرد وهو ضعيف والاصح عدم الجواز الا بالاذن فان رضي المالك
لم يكن له مخالفته اي ان رضي بالمعيب وينبغي ان يكون هذا انا قلنا بان للوكيل الرد فرضي المالك وقبله
ولا خفاء في ان هذا مستغنى عنه لان ثبوت الرد للوكيل انما هو لشمول وكالته اياه فاذا ملك
الموكل منعه مما دل عليه صريح التوكيل فمنع ادلى ولا سبيل الى ان يراد رضي المالك بعد
فسخ الوكيل لان فعل ما ضمن عليه هذا لم يخالف المصلحة ولعله اراد التنبيه على الفرق في هذا
الحكم بين الوكيل وعامل المضاربة فان رضي المالك بالمعيب لا يمنع العامل من الرد لان له حقا في
العين فلا يسقط برضا غيره ولو استمهله البايع حتى يحضر الموكل لم يلزم اجابته حيث
يثبت للوكيل الرد بالعيب لو استمهله البايع في الرد حتى يحضر الموكل فربما رضي بالمعيب لم
يلزم اجابته لثبوت حق الرد ولا دليل على سقوطه ولانه لا يامن فوت الرد بهرب البايع وفوات
الثمن بتلفه ويشكل بان اقتضت المصلحة ذلك او كانت غبطة الموكل في عدم اداء ذلك المعيب
فان جواز الاقدام على الرد محل بحث وبدون المصلحة يبعد القول بالجواز وان كان ظاهر قوله
لم يلزم مشعرا به فان ادعى رضي الموكل استحلف الوكيل ان ادعى عليه علمه على نفي العلم اي
ان ادعى البايع رضي الموكل بالعيب لم يسقط الرد بذلك وان ادعى علم الوكيل بالرضا احلف
على نفي العلم لانه فعل الغير ولو رده فحضر الموكل وادعى الرضا وصدقه البايع بطل الرد
ان قلنا بالعزل وان لم يعلم الوكيل لان رضاه به عزل للوكيل عن الرد اي لو رد الوكيل المعيب
فحضر الموكل وادعى انه رضي بالمعيب قبل ان يرده الوكيل وصدقه البايع على ذلك بطل الرد اي
تبين بطلانه ورضيه وقوعه تفريعا على القول بان الموكل اذا عزل الوكيل ولم يعلم بالعزل

ينعزل في حق ... لم اياه وانا قلنا
انه تبين بطلان الرد ... عاجزا
القول لان رضا الموكل بالعيب
ينبغي عزل الوكيل عن الرد لانه
ينبغي ... الرد ... الوكالة
المتعلقة به قول المصنف لان
رضاه به ... الوكيل
بطل الرد على القول بانعزال
الوكيل وان لم يعلم بالعزل م

اما على القول بانه لا ينعزل ما لم يعلم بالعزل وهو الاصح على ما سياتي ان شاء الله تع فان الرد
ماض ولا اثر لنقضنا الموكل وانما اعتبر المص تصديق البايع الموكل على دعوى الرضا لانه
لو كذبه لم يقبل قوله بدون البينة لثبوت انفساخ العقد ظاهرا برد الوكيل فلا تقبل
دعوى الموكل ما ينافيه ولو رضي الوكيل بالعيب فحضر الموكل واراد الرد فله ذلك
ان صدقه البايع على الوكالة او قامت البينة والا ثبت الثمن على الوكيل اي لو رضي الوكيل
بالعيب فحضر الموكل واراد الرد فاما ان يصدق البايع الوكيل على الوكالة او يكذبه وعلى
التكذيب فاما ان تقوم البينة اولا فان صدقه على الوكالة او قامت البينة بها نفذ رد
الموكل وان انتفى كل من الامرين حلف البايع على نفي العلم بان الشراء بالوكالة ان ادعى عليه
العلم ويلزم الوكيل بالبيع ظاهرا فيجب عليه اداء الثمن كما في ساير النظاير ولان الظاهر
ان من اشترى شيئا فهو له ولا امتناع حلف الوكيل اذ لو حلف لا امتنع رد الموكل المبيع بيمينه لا امتناع ع
ثبوت حق شخص بيمين غيره واحلاف الموكل ممتنع لانه لا طريق له الى العلم بنية الوكيل لكن هنا
اشكال وهو ان رضى الوكيل بالعيب ان كان بحيث يصح منه شراء المعيب ويكون وكيلا في الرد
وعدمه وكان رضاه على وفق المصلحه فلا وجه لرد الموكل على حال الا ان فعل وكيله لازم له وان
كان بحيث لا يثبت له الرد او كان الرضا بالعيب على خلاف المصلحة فلا بد من شيء يدل على ذلك في
العبارة ولو وكله في التصرف في زمن معين لم يكن له التصرف قبله ولا بعده ولو عين
له المكان تعين مع الغرض كان يكون السوق معروفا بجودة النقد او كثرة الثمن او حله او
صلاح اهله او مودة بين الموكل وبينهم والا فلا كان الاولى في العبارة ان يقول ولو عين له
المكان تعين مع احتمال تعلق الغرض به فان الاحوال ثلث ان يعلم تعلق الغرض وان يعلم
نفيه وان يجهل الامران ففي الاول والثالث لا يجوز المخالفة كما صرح به المص ويجوز في في التذكرة م
الثاني وفي وجه للشافعيه لا يجوز ايضا والفرق في [illegible] بين المكان والزمان ان تعلق
الغرض بالزمان اكثر فيجب اتباع تنصيص الموكل فيه اما المكان فان تعينه غالبا يقع
اتفاقا من غير باعث عليه وانما الغرض والمقصود حصول الثمن ولا يخفى ما في هذا الفرق
فانه ما لم يعلم انتفاء تعلق الغرض لا يجوز المخالفة وينبغي ان يستوي في ذلك الزمان والمكان
ولا يضر كون تعلق الغرض في احدهما اكثر ولا ريب ان عدم مخالفة تنصيص الموكل بحال
اولى ولو اراد النقل عن البلد الذي عين له فيه البيع او عن بلد التوكيل لم يجز الا بالاذن

٢٠٧

قطعًا فان فعل كان ضامنًا وعلى ما سبق فيصح البيع اذ لم يتعلق بها ان التوكيل غرض ولو عين المشتري تعين ولو امر بالبيع باجل معين تعين ولو اطلق احتمل البطلان للجهالة والصحة لتقييد بالمصلحة يجب على الوكيل تتبع تخصيصات الموكل ولا يجوز له العدول عنها ولا التجاوز عنها الا في صورة السوق ونحوها عملاً بشاهد الاذن وبه صرح المص في التذكرة ويراعي في تقييدات الموكل المفهوم منها بحسب العرف فاذا عين له المشتري او الاجل لم يجز التجاوز وان وكله في البيع نسية واطلق فلم يعين الاجل ففيه وجهان البطلان للجهالة والغرر والصحة لان هذا المقدار من الغرر غير قادح واحتمال الضرر مدفوع بتقييد التصرف بالمصلحة فيحمل الاطلاق على المتعارف بين الناس وهذا اقوى وان كان اعتبار التعيين احوط ونعيين المص في التذكرة يشعر بسقوط الوجه الاول فانه قال اذا وكله في البيع نسيه ولم يعين الاجل صح عندنا ولو وكله في عقد فاسد لم يملكه ولا الصحيح مثل ان يقول اشتر لي شيئًا الى مقدم الحاج او مجئ الغلة ونحو ذلك واما لم يملك الفاسد لان الله تع لم ياذن فيه ولان الموكل لا يملكه فالوكيل اولى فعلى هذا لو اشترى كذلك وقبض المبيع كان ضمانه على الوكيل لا على الموكل لانتفاء الوكالة شرعًا واسنا كون يده يده ولا فرق في ذلك بين كون الوكيل والموكل عالمين بالفساد وعدمه وعبارة المص في التذكرة تضمن الموكل باذنه للوكيل في العقد الفاسد وقبض الوكيل اياه والحكم غير ظاهر لان الاذن في العقد الفاسد والتصرف الفاسد لا اعتبار به شرعًا واما لم يملك الصحيح لانه لم ياذن فيه يقع فضوليًا عندنا وعند اكثر العامة وقال ابو حنيفة يملك بذلك الصحيح لان شرا الفاسد يملك صحيحه فانا اذن له عقدًا صحيحًا بقدر ملكه بما هو اولى وهو واضح البطلان ولو امره بالشرآء بالعين او في الذمة او مطلقًا على ذلك فلو سلم اليه الثمن وقال اشتر كذا بالف ولم يقيد بعينه ولا قال في الذمة بل قال اصرف هذا في الثمن تخير الوكيل بين الشرآء بالعين والذمة لشمول اللفظ لكل منهما وهو مترتب التذكرة واحد وجهي الشافعية ولو دفع اليه الثمن فقال اشتر بها كذا فالظاهر انه امر بالشرا بالعين لدلالة الباء على المقابلة ولو اطلق حمل على الحلول بنقد البلد فان تعدد فالاغلب فان تساويا تخير لوجوب الحمل على الراجح والغالب مع وجوده ومع انتفائه فلا اولوية ولو باعها بالاف بيعهما نسيئة مع تقييدها لنسيئة صح البيع نقدًا الا مع الغرض كالخوف على الثمن وشبهه اي لو باع العين المامور ببيعها نسيه نقدًا بالثمن الذي يسوغ له بيعها به نسيئة مع تعيين الاجل صح البيع ~~الامع الغرض كالخوف على الثمن وشبهه لو باع العين المامور ببيعها نسيئة نقدًا بالثمن الذي يسوغ~~

قبيل المطلب الثالث في نسبة الوكالة الى الجواز ينبا ول اطلاقها ص

وليس ص

نعين ولو اطلق او خيره تخير ولو عين النقد او النسيئة تعين وجهه معلوم مما قدمناه من وجوب تتبع تخصيصات الموكل والمراد بامره بالشراء بالعين او في الذمة ص

نقدا ص

~~اما المنصوص عليه او لكونه متعارفا بين الناس~~

بيعه بأزيد منه اما للتنصيص عليه او لكونه متعارفا بين الناس صح البيع ان علم انه لا غرض للموكل
في المنع لانه قد زاده خيرا وما على المحسنين من سبيل وان علم ان له في النسيئة غرضا كالخوف على الثمن
في الحال او احتياجه اليه في وقت الحلول وخوف خروجه في النفقة ونحو ذلك لم يجز المخالفة وكان البيع
فضوليا ومثله ما لو جهل الوكيل الحال فلو عبّر المصنف بما يشمل القسمين لكان اولى وقريب منه ولو
اشترى نسيئة بما امره به نقداً صح الا مع الغرض لخوفه ان يستضر بتهيئة الثمن معه ولو وكله
في بيع عبد بمائة فباع نصفه بها او اطلق فباع نصفه بثمن المثل للجميع صح وله بيع الآخر اما الصحة
فلانه مأذون في ذلك من جهة العرف فانه مرضي بمائة ثمناً للكل فهي بها ثمناً للنصف اولى ولانه
حصل له المائة وابقى له زيادة تنفعه ولا تضره فكان بمنزلة ما لو باعه بمائة ونصف عبد او ثوب
كذا قاله في التذكرة وللقائل ان يقول ربما تعلق الغرض بما ينفق عليه الموكل لانه ربما اراد التخلص من نفقة
العبد او خاف من ظالم يطلبه بسببه وتعذر بيع النصف الآخر فلا بد من العلم بانه لا غرض للموكل
في المانع منه ... الا اني لم اجد ما يوافقه واما ان له بيع النصف الآخر فلانه
مأذون له في بيعه والاصل بقاؤه ويحتمل المنع لحصول غرض الموكل من الثمن فيتعالى تشقيص بيع بعضا
باقيه بلا مستغنيا عنه وقد ذكر هذا الاحتمال المصنف في التذكرة وضعفه ظاهر وكذا لو امره
ببيع عبدين بمائة فباع احدهما بها ووجهه معلوم مما سبق بل الحكم هنا اولى لانتفاء التشقيص
ولانه يجوز له بيع كل منهما بانفراده كما سبق ولو نص له على بيعهما صفقة لم يجز التجاوز ولو وكله
في الشراء بعين بمائة فاشتراه بخمسين صح الا ان يمنعه من الاقل اما الصحة فلانه مأذون
في ذلك عرفا لان من رضي بالشراء بمائة يرضى بالشراء بخمسين غالبا نعم ان نهاه عن ذلك وجب
عدم مخالفة النهي ولو قال اشتره بمائة لا بخمسين فاشتراه باقل من مائة وازيد من خمسين
او باقل من خمسين صح لان الاذن في الشراء بمائة دل عرفا على الشراء بما دونها بطريق اولى خرج منه
المحصور بصريح النهي فبقي ما فوقها على مقتضى الاذن وفيما دونها وجهان اختار المصنف هنا
وفي التذكرة منهما الصحة لثبوت الاذن عرفا فيما نقص عن المائة سوى المنهي عنه وهو الشراء
بخمسين وهو المختار لانه لا دليل على انه لا يرضى بالشراء بما دون الخمسين كما لو اراد نفع
البايع ونحوه فان المتجه عدم جواز الشراء بما دون الخمسين حينئذ ولو قال اشتر نصفه
بمائة فاشترى اكثر منه بها صح لاستفادة الاذن في ذلك منه عرفا ولو قال اشتر
عبدا بمائة فاشترى مساويها باقل صح اي لو قال اشتر عبدا ولم يعينه بشخصه بمائة مثلا

فاشتراه

فاشترى عبداً مساوياً لها بأقل من المعيّن صحّ لمثل ما سبق وفي بعض النسخ مساويه ومعناه مساوي
العبد المطلوب شراؤه والنسخة الأولى أولى لأن المطلوب شراؤه كلي فيحتمل تناوله لما ذلك الوصف مثلاً
فهو المطلوب شراؤه ولو قال اشتر لي شاة بدينار فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بالدينار
فالوجه صحة الشراء ووقوف البيع على الإجازة أي فاشترى شاتين بدينار ولا بد من التقييد بكون
كل واحدة منهما تساوي ديناراً واحداً أما إذا انقصت كل واحدة منهما عن دينار فإن الشراء
لا يلزم ويكون فضولياً وإن كان مجموعهما يساوي أكثر من دينار لأن المطلوب شراء شاة تساوي
ديناراً فإذا انتفى ذلك فلا ريب أن البيع في مسئلة الكتاب فضولي لأنه لا يستفاد الإذن فيه من
الأمر بالشراء بحال وأما الشراء ففيه وجهان أصحهما وهو مختار الشيخ وأكثر الأصحاب صحة شرائهما معاً
للموكل لدلالة الإذن في شراء شاة بدينار على الإذن بشراء شاتين بدينار بطريق أولى وشهادة العرف
المطرد به ويعضده ذلك حديث عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وآله أعطاه ديناراً وقال له اشتر لنا شاة
قال فأتيت الجلب فاشتريت به شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني
فبعت منه شاة بدينار وأتيت النبي صلى الله عليه وآله بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم
قال وكيف صنعت فحدثته فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه وفي وجه لأصحابنا أن شراءهما
معاً لا يقع للموكل لكن ينظر إن اشتراهما في الذمة فللموكل واحدة بنصف دينار والأخرى للوكيل
ويرد على الموكل نصف دينار وإن أراد أن يقرر عقد الثانية كان له ذلك وإن اشتراهما بالعين
فواحدة بإذنه وأخرى بدون إذنه فيبنى على حكم العقد الفضولي والمذهب ما قدمناه وقد ذكر المصنف الفضولي
في التذكرة بتعليله وهو مذهبنا نص عليه الشيخ في الخلاف جازماً به وعبارته هنا غير وافية بذلك
ولو أمره بشراء سلعة معينة فاشتراها فظهر فيها عيب فالأقرب أن للوكيل الرد بالعيب هذا
رجوع عن الإشكال إلى الفتوى وقد قدمنا تحقيق هذه المسئلة وبيان المختار ولو قال بع بألف
درهم فباع بألف دينار وقف على الإجازة لأن المأتي به غير المأمور بتحصيله ولا هو مشتمل على
تحصيل ما أمر بتحصيله وتصرف الوكيل إنما هو بالإذن فإذا عدل عنه كان فضولياً واحتمل قوياً المصنف
في التذكرة جواز البيع بذلك ونحوه إلا أن يكون له غرض صحيح في التخصيص بالدراهم لاستفادة الإذن
في ذلك عرفاً فإن من رضي بدرهم رضي مكانه بدينار ويجري مجرى ما إذا باعه بمائة درهم ودينار
ومنع بالجملة بيعه بالثياب لأنها من غير الجنس ثم احتمل مع الزيادة الجواز ويشكل بأن القرائن
العرفية وإن دلت على حصول الرضا بذلك التصرف إلا أن ذلك لا يعد إذناً ولأنه لا يكفي حصول

الرضا بعدُ بل لا بد من حصوله بقبل التصرف اما بصريح الاذن او بدلالة عليه بطريق دلالي وانما يكون
ذلك حيث يكون المسكوت عنه من جنس المذكور لفظا ولان فتح هذا الباب يفضي الى الحكم على الغير
بمجرد التخمين ومال الغير يجب ان يكون صيانته وحرمته اهم من ذلك نعم لو احتف التوكيل بقرائن
قوية تشهد بشيء معين لم استبعد التعويل عليها   وليس للتوكيل بالخصومة اذنا في الاقرار
ولا في الصلح ولا في الابراء لعدم دلالته على شيء من ذلك باحدى الدلالات الثلث اما الحكم في الصلح والا
فقد قال المص في التذكرة لا نعلم فيه خلافا واما الاقرار فقد قال ابو حنيفة ومحمد يقبل اقرار الوكيل
اذا كان في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال ابو يوسف يقبل في مجلس الحكم وغيره لان الاقرار
احد جوابي الدعوى فيصح من الوكيل في الخصومة كالانكار وبطلانه معلوم   ولو وكله على الصلح
عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله اي كما يحصل لو فعل ذلك الموكل وقد سبق في كتاب
الترد د في حصول العفو او ما يسقط عن القصاص بمجرد وهنا جزم بحصوله ووجه صحة الوكالة هنا ان
الصلح على الخمر وان كان فاسدا فيما يتعلق بالعوض لانه صحيح فيما يتعلق بالقصاص لان الغرض
العفو فيصح التوكيل فيما لو فعله الموكل بنفسه لصح لانا نصحح التوكيل في العقد الفاسد ووجه
حصول العفو في المسئلتين ان حقن الدماء امر مطلوب والعفو لذلك مبني على التغليب فيكفي التمسك
به ادنى سبب وفي كلام المص تامل نظر اما الاول فلان العقد الفاسد لما لم يكن ماذونا فيه شرعا
لم يكن التوكيل توكيلا شرعيا لان الموكل فيه ح امر غير مشروع فلا يترتب على هذا التوكيل
اثر وكونه بحيث لو فعله الموكل لحصل العفو لا يقتضي حصوله بفعل من ليس بوكيل شرعا ولهذا لو
وكله في شراء فاسد وقبض المبيع لا يتعلق الضمان بالموكل وان كان لو فعله الموكل لتعلق الضمان
لان يده ليست يد الموكل ح واما الثاني فلان العفو وان كان مبنيا على التغليب الا انه لا دليل
على حصوله بالعقد الفاسد المشتمل على العوض الفاسد لان الفاسد لا يترتب عليه اثر والرضا
الواقع في ضمنه غير معتبر شرعا لعدم اعتبار ما تضمنه والاصح بقاء القصاص الى ان يحصل السبب
الشرعي المقتضي للعفو   ولو صالح على خنزير او ابرا فاشكال اي لو صالح الوكيل في الصلح
عن الدم على خمر على خنزير او ابرا فاشكال ينشا من ان صاحب القصاص قد رضي باسقاطه لا في
مقابلة عوض لان الخمر لا يملكها المسلم فهو بمنزلة التوكيل في الاسقاط والابراء باي طريق كان ومن
المخالفة لمقتضى الوكالة فكان كالعفو من الفضولي وضعف الاول ظاهر   وليس للوكيل با
لخصومة ان يشهد لموكله فيها الا اذا عزل قبل الخصومة لا ريب انه اذا كان عدلا تقبل شهادته على

حصل العفو م

ب

موكله

اذا ما هو وكيل فيه

على موكله ولو في غير ما هو وكيل فيه فان شهد له فيه قبل العزل لم يقبل لانه متهم حيث يجر الى نفسه نفعاً وهو ثبوت ولاية التصرف لنفسه وان كان بعد العزل فان كان قد خاصم الوكيل الغريم فيه حال وكالته لم يقبل ايضاً لانه متهم ايضاً حيث يريد تمشية قوله واظهار الصدق فيما ادعاه اولاً وان لم يخاصم سمعت شهادته عندنا وعند جمع من العامة وللشافعية خلاف هذا اذا جرى الامر على تواصل ما اذا طال الفصل فظاهر كلام المص في التذكرة التردد في القبول من الامرين محتمل ولو وكل اثنين بالخصومة فلكل الانفراد لان المقصود العرض بكل منهما فان المطلوب ذكر الدعوى والجواب عند الحاكم ولا يتفاوت الحال في ذلك بالاجتماع والانفراد بخلاف المعاملات المفتقر الى تعاضد الآراء لتحصيل المصلحة ويعسر الاجتماع في الخصومة ومن الشافعية من منع لتوكيل الاثنين بعدم الكفاية بكل منهما منفرداً او التعاضد مطلوب في اظهار الحجج ولا فرق في الاجتماع كما في المعاملات والاصح عدم جواز الانفراد ولو وكله في الخصومة لم تقبل اقراره على موكله بقبض الحق في مجلس الحكم وغيره فيستبق عمله خلاف في ذلك لابي حنيفة وصاحبه ولو اذن في تثبيت حق لم يملك قبضه وبالعكس اي لو وكله في اثبات حق له على غيره لم يملك قبض ذلك الحق ولو وكله في القبض فجحد من عليه الحق لم يملك الاثبات لان احدهما غير الآخر فلا يكون التوكيل في احدهما توكيلاً في الآخر وللشافعية وغيرهم من العامة اختلاف في ذلك ولو وكله في بيع شيء وطلب شفعته او قسمة لم يملك تثبيته لان احدهما غير الآخر وكونه طريقاً اليه عند الجحود لا يستلزم تعلق التوكيل به لانتفاء الدليل ولو قال له اقبض حقي من فلان فله القبض من وكيله لان ما يأتيه او ما يأتي به ايفاء لا وله انما يقبضه عنه او من وكيله لان كان اما الحي

~~لا ان مطالبة الوارث اي لو وكل في قبض الدين على زيد اختلف الحكم باختلاف~~

صيغة التوكيل ووارثه لان لفظ من للابتداء فيقتضي ان يكون مبدأ القبض ومنشأه المديون فله القبض منه ومن وكيله لان يد الوكيل يد الموكل وقبضه قبضه وليس له القبض من وارثه اذ ليست يد الوارث يد المورث وفي الثاني له ان يقبض مطلقاً لان الموكل فيه هو قبض الحق من غير تعيين المقبوض منه فلا يختلف الحال باختلاف من بيده الحق ولو اذن لعبده في عتق عبيده او لغريمه في ابراء غرمائه او حبسهم او لزوجته في طلاق نسائه فالاقرب دخول المأذون وجه القرب صلاحية اللفظ لشموله لانه عام فيجب التمسك بعمومه لانتفاء المخصص بناءً على ان المخاطب يدخل في عموم الخطاب ويدل عليه وجود المقتضي وهو العموم وانتفاء المانع اذ ليس الا كونه مخاطباً وهو غير صالح للمانعية ويحتمل العدم بناءً على عدم دخوله فان ذلك هو المتبادر الى الفهم عرفاً فان كون الشخص معتقاً ومبرئاً

في القبول م

اشكال اشن م

ولا غيره م

فلو قال له اقبض حقي من فلان فله القبض من وكيله لان ... قبض حقه ... عمن ... م

المطلب الثالث في حكم المخالفة

ومبدأ لا ينتقل الذهن اليه عند اطلاق اللفظة ولانتفا عرف اهل العرف ولهذا لا يجوز له البيع من نفسه
الا بالاذن والاصل بقاء الملك والزوجية مستمرا وهو مختار الشيخ في المبسوط وفيه قوة ولعدلت
قرينه على ارادته دخوله عمل بها اذا خالفه في الشراء ثم نقد الثمن صح ان اطلق ويقع له ان لم يجز
الموكل المراد بالاطلاق عدم اضافة الشراء الى الموكل لفظا لكن مع قصده بنيته لانه لم يبق لم يكن
لاجازته تاثير ولا فايده لقوله ثم نقد الثمن لان الحكم ثابت مع المخالفة المذكورة سواء نقد الثمن
ام لا وانما يقع له حينئذ لان الخطاب معه وقد اضاف الشراء الى نفسه فتلغوا النية ويشكل بما ذكره
الشارح الفاضل من انه اضافه الى غيره في نيته ونفاه عن نفسه والعقود تابعة للقصود فلا يقع له في
نفس الامر لكن يواخذ به ظاهرا نظرا الى ان البايع انما يكلف بالامور الظاهرة لامتناع تكليفه
بما خفي عليه من الامور الباطنه فيكون وقوعه للوكيل على تقدير عدم اجازة الموكل ظاهرا لا في نفس
الامر وهذا الكلام متجه الا ان عبارة المص لا تاباه لامكان ان يريد بقوله ويقع له الزامه به ظاهرا
لان المبحوث عنه ثانيا البحث عن الاحكام الشرعيه انما هو باعتبار الظاهر وان اجاز فالاقرب
وقوعه له وجه القرب انه عقد فضولي موقوف على الاجازة فيصح معها ويحتمل البطلان بناء على
الفضولي يقع باطلا كما حققه الشارح والاحتمال الذي ذكره الفاضل عميد الدين انه لا يقع للموكل
لانه لما اشتراه على خلاف ما امره ولم يذكره في العقد ولم يشتر بعين المال بل في ذمته وجب ان يقع
للوكيل فلا ينتقل بالاجازة الى الموكل لان الاجازة لا تنقل ما هو مملوك للغير ملكا مستقرا الى
غيره والصواب ما ذكره الاول لان العقود تابعه للقصود وتحريره ان هذا العقد يقع موقوفا في
نفس الامر لا فرضا ظاهرا فاذا اجاز الموكل ثبت له ظاهرا وباطنا بالنسبة الى الوكيل عملا باقراره وان
لم يجز وقع للوكيل ظاهرا وبطل بحسب الواقع هذا ان قلنا ان الفضولي يقع موقوفا على الاجازة
ولو قلنا بانه يقع باطلا لحكمنا بانه للوكيل ظاهرا دون نفس الامر لكن لا يخفى ان قول المص الاقرب
ملتفت في ذلك الى حال العقد الفضولي لا يخلو من ابهام هنا كما تحقق ما هنا وان اضاف الشراء الى الموكل
وقف على الاجازة وان اشترى بالعين وقف على الاجازة فان فسخ الموكل بطل ثم ان صدقه البايع
او ثبت بالبينه وجب عليه رد ما اخذه والا حلف وغرم الوكيل الثمن المدفوع اي وان اضاف
الشراء للموكل لفظا في العقد في صورة المخالفة وقف على الاجازة لا محالة لانه فضولي وكذا ان
اشترى بعين مال الموكل مع عدم الاضافة توقف على الاجازة ولا يخفى ان المص لو عطف وان
اشترى بالعين على ما قبله بلفظ كذا لكان افصح ولاغنى عن قوله وقف على الاجازة ولا بد من

فرض

فرضا انه نقد الثمن ليستقيم كلامه الى آخر المسئلة فان اجاز الموكل الشراء فلا بحث وللظهور تركه
المص وان فسخ بطل لكن على هذا التقدير هل يبطل البيع باطنا وظاهرا فيجب على البايع رد الثمن
المدفوع اما باطنا فاصله فلا يجب بنظر في حال البايع اما ان يصدق الوكيل على مخالفته للموكل او لا
وعلى التقدير الثاني فاما ان تقوم البينة بالمخالفة او لا فان صدقه او قامت البينة بذلك
وجب عليه رد ما اخذه ثمنا لظهور بطلان البيع وان انتفى الامران حلف لنفي العلم بالمخالفة
ان ادعى عليه العلم بها ثم يحكم بالبيع ظاهرا للوكيل ويجب عليه للموكل عوضا الثمن المدفوع لا
بانه غاد بدفعه واعلم ان قوله وقف على الاجازة فيما اذا اضاف الشراء الى الموكل واذا اشترى عتراضه م
بالعين من غير اشعار بالقول بالبطلان يعذر بان المراد بالاحتمال المقابل للاقرب في المسئلة السابقة
غير القول بالبطلان لانه اتى هنا لم يتغير كلامه الا انه ليس العبارة تحمل صحيح سواه ولا المخالفة
في البيع وقف على الاجازة اى في كل صور المخالفة بخلاف مسئلة الشراء لانه قد يشتري في الذمة
ولا يصيبه ينفع له مع عدم الاجازة ولو اذن له في الشراء بالعين فاشترى في الذمة كان له الفسخ
ولو انعكس احتمل اللزوم لان اذنه في عقد يوجب الثمن مع تلفه يستلزم الاذن في عقد لا يوجب
الثمن الا مع بقائه والبطلان للمخالفة وتعلق الغرض بعدم تطرق الشبهة في الثمن او كراهة الفسخ بتلف
العين اذا اذن الموكل للوكيل في الشراء بالعين فاشترى في الذمة فهو فضولي وجها واحدا لان
ايجاب الثمن عليه على تقدير تلف المدفوع ضرر بين فلا يلزم من الاذن في الشراء بالعين الاذن في الشراء
بالذمة ولو انعكس الفرض ففيه وجهان اصحهما اللزوم لاستلزامه الاذن بطريق اولى وذلك لان
الاذن في العقد الذي يتطرق اليه الضرر المذكور يقتضي الاذن فيما خلا عنه بطريق اولى فيستفاد
الاستلزام الذي ادعاه المص في العبارة من باب مفهوم الموافقة ان تم وهو الذي يرشد اليه عبارة
التذكرة وربما وجه بان الاذن في الشراء بالذمة يوجب الثمن على كل حال رجع الى التلف وعدمه اذن
في مجموع والاذن في الشراء على وجه يوجب الثمن مع بقائه جزء والاذن في الكل اذن في اجزائه
وليس بشئ لان الشراء بالعين ليس جزءا للشراء في الذمة بل هو مناف له فلا يتعدى الاذن اليه وفيهن
الجهة واصحهما العدم لان المذكور ضرر باعتبار آخر فان الغرض قد يتعلق بتملك البيع على كل وتقع باعتبار م
حال وربما عرض للبايع على تقدير تلف الثمن المعين ما يمنعه عن البيع وربما كان كون المدفوع ثمنا
لنطق الشبهة عنه اليه ويحو ذلك من المقاصد والاصح انه فضولي واعلم ان المراد في قوله والبطلان
للمخالفة عدم اللزوم مجازا بقرينة اللزوم المذكور في الاحتمال الاول ولان الفضولي عندنا موقوف

وكذا المراد بقوله وكذا في الفسخ الانفساخ وهو ظاهر   ولو باع بدون ثمن المثل وقف على الاجازة
وكذا لو اشترى بالاكثر منه للمخالفة سوى عين له ذلك الثمن او اطلق فان الاطلاق محمول عليه
ولو اذن في تزويج امرأة فزوجه غيرها او زوجه بغير اذنه فالاقرب الوقوف على الاجازة فان
اجاز صح العقد والا فلا   اي لو اذن له في تزويجه امرأة معينة فزوجه غيرها او زوجه فضوليا
ابتداء من غير سبق توكيل اصلا ووجه القرب في المسئلتين ما سياتي ان شاء الله تع في كتاب النكاح
من ان عقد النكاح الفضولي موقوف على الاجازة ولا يقع باطلا من راس وكلاهما لعقدين فضولي
اما الثاني فظاهر اذ ليس هو من مسايل هذا الكتاب واما الثاني فلانه خلاف الموكل فيه والبطلان
قول آخر وهو المقابل للاقرب   والاقرب الزام الوكيل بالمهر او نصفه مع ادعاء الوكالة اي
والاقرب في مسئلتي التزويج السابقتين الزام الوكيل بالمهر او نصفه على اختلاف القولين للاصحاب
كما سياتي بيانه وبيان ان الاصح عدم لزوم شيء بمجرد ذلك ان شاء الله تع لكن هذا انما هو على
تقدير ادعائه الوكالة في النكاح على الوجه السابق به وجهالة المرأة لانه ح يكون غارا اما اذا اعترفت
الزوجة انه فضولي سواء كان بقوله او بوجه آخر او لانه لم يدع الوكالة فان ظاهره انه فضولي ولانه
لا غرور فلا شيء ح فالوجه عندي ان مستحق المهر مع عدم الرضا والى هذا اشار بقوله اما اذا عرفت
الزوجة الخ وهذا التفصيل لا نعرفه ... لم يذكره القائلون بوجوب المهر او نصفه بل اطلقوا
القول بالوجوب وظاهره انه لا وجه لضمان الوكيل شيئا من المهر او نصفه مع علمها بالحال لانها اقدمت على ذلك
عالمة واعلم ان موضع هذه المسئلة هو كتاب النكاح وذكرها هنا من حيث حصول المخالفة من الوكيل
وسيتم احكامها ياتي هناك ان شاء الله تع   ولو وكله في بيع عبد بماية فباعه بماية وثوب صح
استند المص القول بالصحة فيما اذا باع الوكيل بالثمن المعين وزيادة من غير الجنس الى الاولوية سواء كانت
الزيادة قليلة او كثيرة وسواء كانت من الاثمان اولا ويدل عليه ان الاذن بالبيع بماية يقتضي الاذن
بالبيع بها مع زيادة بطريق اولى والعرف قاض بذلك وفي وجه للشافعية انه لا يجوز للمخالفة وبه
منع وفي بعض حواشي شيخنا الشهيد ما حاصله ان الزيادة ليست من جنس الثمن المعين وهي في مقابل
بعض العبد فهو في قوة بيع بعضه بثوب وهو معلوم المخالفة فاحتمل ان يصح البيع فيما قابل الماية
ويقف فيما قابل الثوب على الاجازة كما لو اذن له ببيعه بماية فباع بعضه بها ونقل عن التحرير اشكال
في المسئلة ولم اظفر به ولقايل ان يقول ان ما ذكره مدفوع باستفادة الاذن في ذلك بطريق
اولى ومقابلة مجموع الثمن بمجموع المبيع وان تضمن مقابلة الاجزاء بالاجزاء الا انه لا يلزم ان

يكون

يكون بعض العبد مبيعاً بثوب والمخالفة الممنوع منها يتحقق بذلك لا بالبيع بالمائة والزيادة نعم الفرق بين هذه وبين ما اذا باع البعض بالثمن المعين فان البعض الآخر لا يجوز بيعه بثوب مثلاً   وكل تصرف خالف الوكيل فيه الموكل فحكمه حكم تصرف الاجنبي يقع موقوفاً على الاجازة لان الوكيل اجنبي بالنسبة الى ذلك التصرف   واذا وكله في الشراء فامتثل وقع الشراء عن الموكل وينتقل الملك اليه لا الى الوكيل لا خلاف في ذلك عندنا على ما ذكره في التذكرة وهو اصح القولين للشافعي لان الوكيل قبل عقداً لغيره فوجب ان ينتقل الملك الى ذلك الغير دونه وقال ابو حنيفة انه يقع للوكيل اولاً ثم ينتقل الى الموكل لان حقوق العقد يتعلق به وجوابه ان تعلق احكام العقد بالوكيل ممنوع ودخوله في ملكه لو اشترى الموكل بالهنيد من ثمنه انما هو ظاهراً حيث لو يضيف الشراء والخطاب انما جرى على سبيل النيابة فيكون اثره للمنوب فينتقض بشراء الاب للطفل وكذا الوصي فانه ينتقل الى الطفل ابتداءً ويلزم على قوله انه لو اشترى الوكيل اباً لنفسه وجب ان ينعتق عليه واللازم باطل اتفاقاً ومن هذا يعلم ان تقديم المقدم وقوله فلو اشترى اباً لنفسه لم ينعتق عليه على عدم انتقال الملك الى الوكيل غير حسن لان ذلك لا يخالف فيه احد   واذا باع بثمن معين ملك الموكل الثمن وان كان في الذمة ثمناً لوكيل وللموكل المطالبة لا يهيب ان ملك الثمن ينتقل الى الموكل في الصورتين لكن انكر ابو حنيفة جواز مطالبة الموكل بالثمن محتجاً بان حقوق العقد تتعلق بالوكيل فان قيل اطلاق ثبوت المطالبة بالثمن للوكيل ينافي ما سيقرره انه لا يملك قبض الثمن الا بالاذن فالجواب عنه من وجهين آ انا المنع من القبض لا يقتضي المنع من المطالبة اذ ليس من لوازم المطالبة القبض فيطالب به وعند الاقباض يقبض الموكل وفيه نظر لانه لا سلطنة للوكيل على الثمن بدون الاذن لعدم تناول الوكيل فلا يملك المطالبة به ايضاً ب ان هذا الكلام مسوق للرد على ابي حنيفة حيث انكر ثبوت المطالبة بالثمن للموكل فاطلق الحكم في الوكيل اعتماداً على ما سيقرره انه لا يملك القبض الا بالاذن وعلى ظاهر العبارة مؤاخذة وهي ان حكمه بملك الموكل الثمن في الاولى يوهم عدمه في الثانية كما ان حكمه بثبوت المطالبة لكل من الوكيل والموكل في الثانية يوهم خلافه في الاولى مع ان تعين الثمن لا يدفع الاحتياج الى المطالبة والظاهر ان خلاف ابي حنيفة في الصورتين معاً   وثمن ما اشتراه في الذمة يثبت في ذمة الموكل وللبائع مطالبة الوكيل ان جهل الوكالة × وحينئذ لو ابرأه لم يبرأ الموكل   لا خلاف في هذه الاحكام عندنا لكن نقل في التذكرة عن بعض العامة ان الثمن يثبت في ذمة الوكيل تبعاً فللبائع مطالبته وان شاء

منهما فان ابراء الوكيل لم يبرأ الموكل وان ابراء الموكل برئ الوكيل ايضا وهذا اذا علم الوكالة فان جهلها فانما يطالب به الوكيل وحتى تثبت المطالبة الوكيل فاذا ابرأ البايع من الثمن لم يبرأ الموكل لان الثمن في ذمته في نفس الامر ولا شيء في ذمة الوكيل واعلم انه اذا كان الثمن في يد الوكيل فللبايع مطالبته به ايضا سواء كان ما بيده معينا في العقد ام لا بان دفعه اليه الموكل ليصرفه ثمنا فاشترى في الذمة وعبارة المص لا تنافي هذا وسياتي تحقيق ذلك في كلامه قريبا ان شاء الله تع

واذا اشترى معيبا بثمن مثله وجهل العيب وقع عن الموكل لان التوكيل محمول على شراء الصحيح ظاهرا لا في نفس الامر لان العيب قد يخفى على اهل المعرفة فالتكليف بالسلامة في نفس الامر تكليف بما لا يطاق فان علم وقف على الاجازة مع النسبة اي فان علم بالعيب وقت الشراء فهو فضولي لعدم تناول التوكيل اياه فيتوقف على الاجازة لكن هذا انما هو مع النسبة والمراد بها نسبة الشراء الى الموكل في العقد اما اذا خلا العقد من النسبة لفظا فانه يقع على الوكيل بالشراء ظاهرا لانه بحيث لم يعرفه البايع على ارادة الموكل فيطالبه بالثمن حينئذ وهذا هو المراد بقوله ها لا فقضى على الوكيل وان كان بغبن وعلم لم يقع عن الموكل الا مع الاجازة لان اطلاق الامر بالشراء محمول على ثمن المثل فاذا اشترى بزيادة عالما بالحال كان فضوليا يتوقف على الاجازة مع النسبة وبدونها يقع على الوكيل وانما سكت عن ذلك لاستفادته من المسئلة السابقة وان جهل فكذلك اي وان جهل الغبن وقت الشراء فالحكم كما اذا كان عالما والفرق بين الغبن والعيب ان العيب قد يخفى فلا يمكن التكليف بشراء الصحيح بخلاف الغبن فانه يمكن الوقوف عليه بادنى ملاحظة لاشتهار القيمة عند اهل المعرفة وفي حواشي شيخنا الشهيد ان هذا من الفروق المنسوبة الى المص رحمه الله قال وفيه اعتراف بان العيب ان كان مثله لا يخفى على مثله كان كالغبن وان الغبن اذا كان مثله يخفى على مثله كان كالعيب وفيه منع لان الاخفاء على مثله اذا لم يكن من اهل المعرفة لا اثر له لانه يجب عليه التفحص من اهل المعرفة نعم يمكن ان يقال ان بعض الغبن قد يخفى جدا كما في قيم الجواهر وما جرى مجراها وبعض العيوب قد يسهل الوقوف عليها ويطلع عليها من اهل الخبرة بسهولة فيكون مقتضى الفرق المذكور اللزوم فيما يخفى من الغبن والعيب والغبن دون ما لا يخفى منهما وكذا لو ضيع يبطل الشراء للموكل فان سماه عند العقد لم يقع عن احدهما وقد سبق في اول المطلب انه اذا سمى الموكل مع المخالفة ولم يقم البينة عليها يضمن الوكيل الثمن المدفوع ويكون الشراء له ظاهرا ولعل المص يريد لم يقع

غلطهما

المطلب الرابع في الضمان

عن احدهما في نفس الامر الا ان قوله بعدُ والا قضى به على الوكيل ظاهراً يشعر بانه يريد في الاول
عدم الوقوع عن احدهما ظاهراً وباطناً والا لم يكن للتفصيل وجه   الوكيل امين الحقوق [?] وان كان
بجعل يلوح من كلامه انه لا خلاف في ذلك بين علماء الاسلام   واذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو
امانة في يده ولا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره الا مع الطلب وامكان الدفع والا يضمن
مع العذر فان زال فاخر ضمن العذر قد يكون شرعياً كما لو كان يصلي فطلبه منه او ضاق الوقت فتشاغل
بالصلوة او يكون عرفياً كما لو كان في الحمام او ياكل الطعام ونحو ذلك صرح به في التذكرة   ولو وعد
بالرد ثم ادعاه قبل الطلب لم يسمع منه الا ان يصدقه الموكل وفي سماع بينته اشكال   اي لو وعد
الوكيل الموكل برد الثمن حين طلبه منه ثم ادعى حصول الرد قبل الطلب فيكون مرجع الضمير البارز
في ادعاه هو الرد وهو المتبادر الى الفهم والمناسب لقوله قبل الطلب ويحتمل عوده الى ما دل عليه
سياق من كلامه وهو التلف الا ان الحكم هنا لا يختص بما اذا ادعى التلف قبل الطلب بل لو ادعى حصوله
قبل الوعد فالامر كذلك ايضاً فكان الاولى ان يقول ثم ادعاه قبل الوعد لانه اشمل وعلى كل تقدير
فالحكم لا يختلف وان كانت دعوى الرد قبل الطلب اظهر في التناقض اذا عرفت هذا فاذا ادعى
ذلك لم تسمع دعواه لانه مكذب لنفسه لان الوعد بالرد يقتضي بقاء الثمن عنده الا ان يصدقه الموكل
على دعواه لان الاقرار على نفسه ماض فلو اقام بينة بدعواه حيث لم يصدقه ففي سماعها اشكال
ينشأ من ان البينة بمنزلة اقرار المدعى عليه يثبت بها ما لو اقر الخصم به حكم عليه بمقتضاه وههنا لو اقر
الموكل بذلك نفذ فكذا البينة واختاره الشيخ في المبسوط ومن ان دعواه غير مسموعة فلا تسمع بينته
لان سماعها فرع سماع الدعوى فحيث لم تكن مسموعة لم تقبل البينة لان شرط قبولها بمنزلة [?] اهلية الدعوى
سبق الدعوى الصحيحة عليها والشرط منتف هنا ولانه مكذب لها بوعده السابق وكل من اكذب بينته
لم تسمع منه وهذا اقوى لان البينة ليست كالاقرار كما مر نعم لو اظهر تاويلاً لوعده كنسيانه او اعتماده
على قول وكيله او مكتوب ورد اليه ونحو ذلك قبل لان ذلك مما يعم به البلوى وقد يتولى الشخص
في امثال ذلك على ظاهر الحال فلو بحث المواخذة بهذا الحد لزم الضرر   ولو لم يعد لكن مطل برده
مع امكانه ثم ادعى التلف لم يقبل منه الا بالبينة   اي لو لم يعد الوكيل الموكل بالرد في الصورة
السابقة لكن مطل بالرد مع امكانه بان اخره من غير عذر فانه يصير ضامناً بذلك ويخرج عن الامانة
فاذا ادعى التلف المعهود سابقاً وهو التلف قبل الطلب لم يقبل منه ذلك الا بالبينة وانما نزلنا العبارة
على دعوى التلف المعهود لانه لولاه لم يتجه فتصوير المسئلة الحق ولو [?] لم يعد لانه لو ادعى تلف المال

دك ١

بعد الوعد قبلت دعواه بالبينة اذ لا ينافي حينئذ وانما لم يقبل قوله الا بالبينة لانه صار ضامنا وخرج
من الامانة كذا علل في التذكرة ويدل عليه ان الضمان لا ينافي قبول دعوى التلف باليمين كما تقدم
في الغاصب مع انه مواخذ باشق الاحوال اذا عرفت ذلك فان اقامت البينة بالتلف قبل المطل
فلا ضمان سوا كان عالما بالتلف حين المطل ام لا ولو امره بقبض دينار من مال المودع فقبض
دينارين فتلفا فللما لك مطالبته من شا بالزايد ويستقر الضمان على الوكيل اي بالزايد على
القدر المادون فيه اما ان له مطالبته من شا من المودع والوكيل فلان المودع قد دفع الوديعة
الى غير مالكها بغير اذنه فكان دفعا غير مبرئ والوكيل عاد باخذ الزايد اذ لم يوذن له فيه واما استقرار
الضمان على الوكيل فلان استقرار التلف في يده والغرور نشا منه فان رجع على المودع رجع المودع
على الوكيل وان رجع على الوكيل لم يرجع اذا عرفت ذلك فاعلم ان المتبادر من قوله فقبض دينارين
قبضهما دفعة واحدة وهو المراد لكن الحكم والا لم يستقيم والا قرب ضمان المادون فيه على الاطلاق
لانه لو قبض الدينارين على التعاقب لكان يتعدى الاول صحيحا الاضمان على المودع بسببه والمراد من قوله
والا قرب ضمان المادون فيه ضمان الدينار الاخر واطلق عليه كونه مادونا فيه باعتبار مساواته له في
القدر ووجه القرب ان المامور بقبضه هو دينار واحد منفرد غير مختلط والمقبوض خلاف ذلك فالمقبوض
من غير المادون فيه فيتحقق ضمان المقبوض كله ولانه لا اولوية لاحد الدينارين على الاخر في كون احدهما
مضمونا دون الاخر ويحتمل العدم لان الاذن في قبض دينار من غير تقييد بكونه واحدا او منفردا و
الاذن في قبض دينار في الجملة يمكن كما ان ابدال الدفعة من دينار في الجملة ممكن ولا حاجة الى تشخيصه
فاذا انضم الى المادون فيه في قبضه غيره لم يخرج بذلك عن كونه مادونا فيه وكون المجموع غير مادون في
قبضه لا يقتضي ان يكون ابعاضه كذلك ولا حاجة الى نسبة الضمان وعدمه الى احد الدينارين بخصوصه
ليرد عدم الاولوية اذ يكفي تعلق الحكم بدينار من الدينارين وفي هذا الاحتمال الاخير قوة ولو
كان من مال الدافع لم يكن له مطالبة الباعث باكثر من الدينار ويطالب الرسول بالزايد لان قبضه
لاحد الدينارين باذن الباعث فهو وكيله فيه دون الزايد فهو عاد بقبضه فاذا تلفا فضمان
المادون فيه على الامر والاخر على الرسول ويلزم المص هنا ضمان الرسول كلا منهما دون الباعث
لان المادون فيه هو دينار واحد غير مختلط الى اخر التعليل السابق ولو امره بقبض دراهم من
دين له عليه فقبض الرسول دنانير عوضها فان اجاز الرسول بالاذن في الصرف مضى والا فلا اما
اذا اجاز بالاذن فلانه قد غرم ويكون الضمان على الرسول لتلف المقبوض عدوانا في يده اذا المفروض

حصول

[illegible]

حصول التلف في يد الرسول كما في المسايل السابقة واما اذا لم يجز فانه يكون قد صار فيه متعديا
امن وقد دفع المديون الى الرسول بغير امر به المرسل ولا عرف شرط رضا المتصادقين فصار
الرسول وكيلا للباعث في تاديته الى صاحب الدين ومصارفته به فاذا تلف في يد وكيله كان من
ماله ولو وكله في الايداع فاودع ولم يشهد لم يضمن اذا انكر المودع لان ذلك وسيلة الى حفظها
عن الظالم والمتغلب ولان قول المودع مقبول في الرد والتلف فلا يظهر للاشهاد كبير فايدة لانه لو
اقدم على الخيانة لم يمنع الاشهاد على وصولها اليه لامكان دعوى التلف بخلاف اداء الدين ولو
انكر الامر الدفع الى المودع فالقول قول الوكيل لانهما اختلفا في تصرفه فيما وكل فيه هل وقع على الوجه
الماذون فيه فلا يتوجه عليه مطالبة ولم يصر ضامنا ام لا والاصل براءة ذمته وعدم خيانته فيقدم
قوله بيمينه ولو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على الشمال الى قد بين مثل هذا الا شمال
في الرهن وانه يشابه امتثال امر موكله وفرط بترك الاشهاد وان الاصح الضمان الا ان
يودي بحضرة الموكل فيكون المقصر مستندا اليه وكل من بيده مال لغيره او في ذمته له ان يمتنع
من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بقبضه سواء قبل قوله في الرد اولا وسواء كان بالحق بينة اولا
دفعا لضرر اليمين عنه وللشافعية تفصيل في ذلك حاصله ان من بيده مال الغير اما ان يقبل
قوله في الرد بيمينه لم يجز له التاخير لاندفاع محذور الخصم عنه بيمينه وان لم يقبل فاما ان يكون لو ادعاه اولا فان قبل قوله بيمينه م
بالحق بينة اولا فان لم يكن به بينة فكذلك لامكان الجواب لو ادعى عليه مرة اخرى بانك لا تستحق
عندي شيئا والحلف على ذلك والا كان له التاخير الى الاشهاد والحق ان مجشم اليمين ضرر عظيم
واعلم ان قوله حتى يشهد صاحب الحق بقبضه لا يخلو من مناقشة فانه اذا لم يدفع اليه كيف يشهد بالقبض
ولو قال حتى يشهد على قبضه كان اولى ولا فرق بين المديون والغاصب في ذلك واذا اشهد
على نفسه بالقبض لم يلزمه دفع الوثيقة اي اذا اشهد صاحب الحق على نفسه بذلك وانما لم يلزم دفع
الوثيقة لاصالة براءة الذمة من دفع ملكه الى غيره ولانه لا يؤمن من ان يدعي عليه الدافع بما قبضه
فيحتاج الى اليمين لنسيان البينة ونحو ذلك واذا باع الوكيل ما تعدى فيه برئ من الضمان
بالتسليم الى المشتري لانه تسليم ماذون فيه فكان كقبض المالك لا من باب ان الملك ينتقل الى المشتري
فالتسليم اليه تسليم الى المالك حقيقة غاية ما في الباب انه لا يسوغ له التسليم الا بعد قبض الموكل الثمن
او الاذن فيه قبله وهل يخرج من الضمان بمجرد البيع قبل التسليم فيه وجهان اصحهما وهو مختار
المصنف في التذكرة العدم استصحابا لما كان الى ان يثبت المزيل ولعموم على اليد ما اخذت حتى تودي ولانا

نعم لزوال الملك بالبيع وانتقاله الى الآخذ وضعفه ظاهر لان زوال الملك لا يقتضي زوال الحكم اللازم
لليد الى ان يحصل الاداء الى المالك   ولو وكله في الشراء ودفع اليه الثمن فهو والموكل المطالب به اما الوكيل
فلان الثمن في يده واما الموكل فلان الشراء له والوكيل نايب عنه واطلاق العبارة يتناول ما اذا كان الشراء
في الذمة وبالعين ويشكل ما اذا كان الشراء بعين الثمن الذي في يد الوكيل لان حق البايع حينئذ منحصر فيما
في يد الوكيل   وان لم يسلم اليه وانكر البايع كونه وكيلا طالبه والا فالموكل   اما الحكم الاول فلان
البيع لازم له ظاهرا فالثمن والمطالبة له واما الثاني فلانه اذا اعترف بانه وكيل ومعترف عن غيره علیه ص معتبر
فالحال ان الثمن ليس في يده فلا حق له عنده فالمطالبة للموكل خاصة وذهب الشيخ الى انه يتخير بين مطالبة
من شاء منهما ويكون دخول الوكيل في هذا التصرف بمنزلة دخول الضامن في الضمان فان اعطاه
كان له الرجوع على الموكل بما وزن عنه وهو ضعيف   ولو تلف المبيع في يد الوكيل بعد ان
خرج مستحقا طالب المستحق البايع او الوكيل او الموكل الجاهلين ويستقر الضمان على البايع اذا
وكله في الشراء فاشترى عينا وقبضها الوكيل حيث يسوغ له القبض وتلفت في يده بغير تفريط
وظهر استحقاقها كان للمالك بالخيار في مطالبة كل من البايع والوكيل والموكل اما البايع فلا
ثبات يده على العين وكذا الوكيل واما الموكل فلان الوكيل سفيره ويده يده فقبضه منسوب اليه
وانما يكون يد الوكيل يده حيث لا يكون الوكيل جاهلا بالغصب اما مع علمه فلان الموكل لم ياذن له مع العلم
في قبض المغصوب مع انه الاذن فيه لا اعتبار به ويستقر الضمان على البايع لان المغرور يرجع
على من غره والمراد بالبايع العالم بالغصب فلو كان جاهلا به لتثبت يده على يد غيره فقرار الضمان
على ذي اليد العالم بالحال الذي نشا التغرير منه فان رجع المالك على البايع العالم فلا رجوع له
على احد وان للمالك مطالبة الوكيل فان لم يكن فرط رجع بما غرمه على الموكل لانه امين لا ضمان عليه
وان رجع على الموكل لم يرجع على الوكيل بل استقر الرجوع على الموكل ويشكل بان قرار الضمان
على البايع ولعله يريد استقرار الضمان عليه بالنسبة الى الوكيل لا منع الرجوع على البايع
او ان ذلك فيما عدا زيادة القيمة على الثمن فان قرار ذلك على الموكل   وهل للوكيل الرجوع
على الموكل اشكال اي على تقدير جهل كل من الوكيل والموكل بالغصب وكون قرار الضمان على البا
لو رجع المالك على الوكيل فهل له الرجوع على الموكل فيه اشكال ينشا من ان يده يده فقبضه منسوب
اليه لانه انما قبض باذنه ولانه دخل على انه لا ضمان عليه بالتلف وانما يكون محسوبا من مال الموكل
ومن ان الماذون في قبضه هو المبيع المنتقل الى ملك الموكل دون ما ظهر استحقاقه فبظهور الاستحقاق

احد وان رجع على الوكيل او الموكل فله الرجوع على البايع لما قلناه من ان قرار الضمان عليه وقال المصنف كر في هذه المسئلة صح

ح

انكشف

انكشف انه غير ماذون في قبضه للوكيل وفيه نظر لان الاذن تعلق بقبض المبيع ظاهراً لامتناع
تمكينه بما في نفس الامر فلا يبطل الاذن بظهور الاستحقاق وتوسط شيخنا الشهيد فقوى
عدم الرجوع الا مع تغير السلعة نظراً الى انه مع تعيينها فقد وكله في قبضها فلا يتعدد ذلك بكون
البيع صحيحاً بخلاف ما اذا وكله في قبض المبيع وفيه النظر السابق وفي الرجوع مطلقاً قوة كما اختا ٢
في التذكرة وان كان قرار الضمان على البايع اذا عرفت ذلك فاعلم ان في عبارة المتن مناقشتين
آ قوله ولو تلف المبيع في يد الوكيل بعد ان خرج مستحقاً غير جيد على اطلاقه لان تقييد التلف
بكونه بعد خروجه مستحقاً يشعر بانه لو تلف قبل ذلك لا يترتب عليه هذا الحكم وليس كذلك بل هو
فاسد لانه اذا تلف في يد الوكيل بعد علمه بالاستحقاق وتاخر الرد يكون قرار الضمان عليه وان كان
جاهلاً وقت قبضه ب ان تقييد الوكيل والموكل بكونهما جاهلين ليتوجه مطالبتهما غير جيد بل يطا لبان
على كل حال جاهلين كانا او لا نعم اذا كان الوكيل عالماً فلا شيء على الموكل لانه لم يوكله في قبض المغصوب
انما وكله في قبض المبيع وغايته ان يكون مبيعاً بحسب الظاهر نعم يستقيم الضمان على البايع انما يكون
مع جهلهما واعلم ان لهذه المسئلة مزيد تحقيق يتم بتقديمه ويتبين ما المقتضى فيها ان من اشترى
عيناً فتسلمها وسلم ثمنها وتلفت في يده ثم ظهر انها مستحقة فان المالك بالخيار في الرجوع بقيمتها
ان كانت قيمية على البايع وعلى المشتري لان كلاً منهما جرت يده عليها فان رجع على البايع لم يرجع
عليه المشتري بالثمن ان كان بقدر قيمتها فما دون لان المشتري دخل على انها اذا تلفت يكون
تلفها منه في مقابل الثمن وان كان الثمن ازيد منها رجع بالزيادة من الثمن لفساد البيع وكون العمه
العين مضمونة عليه يقتضي ضمانها بقيمتها دون ما زاد وان رجع على المشتري رجع المشتري
بالثمن كيف كان ولو زادت القيمة على الثمن فهل يرجع بالزيادة فيه تردد والاصح الرجوع لانه
دخل على ان المبذول في مقابلها هو الثمن فقط فحيث غرم زيادة لم تكن محسوبة عليه كغيره و
فيرجع بها على البايع لا محالة ولا يرجع بشيء آخر اذا تقرر ذلك نعود الى البحثين آ قول
المتن ويستقر الضمان على البايع ويجب تنزيله على ان المراد به ضمان ما زاد على الثمن من القيمة
مع استرجاع الثمن على تقدير تسليمه اذ لا يتصور ان يجب على البايع رد الثمن وضمان القيمة
ايضا لان يد المشتري يد ضمان بالثمن على معنى ان تلف المبيع يكون منه في مقابلة الثمن فيتحصل
من هذا ان قرار الضمان على الموكل الا فيما زاد من القيمة على مقدار الثمن فان قرار الضمان فيه
على البايع وانما قلنا ان قرار الضمان على الموكل لان الثمن الذي المدفوع الى البايع باق على ملكه

فاذا غرم البايع القيمه لم يكن للموكل استرجاع الثمن منه ان كان بقدر القيمه فما دون نعم لو كان
زايدًا استحق اخذ الزايد وقد تبيّن ان المالك حيث انه مخير في الرجوع على ثلثه فمتى رجع على
البايع او الموكل فحكمهما معلوم مما سبق وان رجع على الوكيل بما زاد من القيمه على الثمن تخير في الرجوع
به على البايع او الموكل وقرار الضمان على البايع وهذا اصح الوجهين بالنسبه الى الرجوع على الموكل
واما مقدار الثمن فانه يرجع به على البايع ان كان قد قبض ولم يسترجعه الموكل وان استرجعه
الموكل ~~وان استرجعه~~ فالرجوع به على الموكل قطعا ولا يخفى فيه اشكال وان كان في يد الوكيل فلا
رجوع له على احد ومن هذا يعلم ان اطلاق عبارة المتن الاشكال في رجوع الوكيل على الموكل ليس بجيد
بل جزمه بتخير المستحق في الرجوع على من شاء من الثلثه الذين من جملتهم الوكيل ينافي هذا الاشكال
ولو قبض وكيل البيع الثمن وتلف في يده فخرج المبيع مستحقا رجع المشتري على الوكيل مع
جهله ويستقر على الموكل والى فعليه المسئله مفروضه فيما اذا كان وكيلا في قبض الثمن وكان
التلف بغير تفريط ليسلم منها لضمان ووجه الرجوع على الوكيل انه اثبت يده على مال الغير
بغير حق ويرجع على الموكل لما قررناه سابقا لكن مع جهله يكون قرار الضمان على الموكل
بخلاف ما اذا كان عالما اذ لم يتعين بوكالة الموكل حينئذ لانه انما وكله في قبض ما يكون ثمنا
ولو عجب للاخر لا في قبض مال الغير ولو اخر قوله مع جهله عن قوله ويستقر على الموكل لكان
اولى لان الرجوع على الوكيل مع جهله وعلمه وانما يستقر الضمان على الموكل مع جهله ولا
يبطل بفسق الوكيل لانه لم يشترط فيه امانته كوكيل اليتيم وولي الوقف على المساكين كل موضع | المطلب الخامس في فسخ الوكالة
يشترط لصحة التوكيل كون الوكيل عدلا تبطل فيه الوكالة لو فسق الوكيل لخروجه حينئذ عن
اهليه التصرف وذلك كوكيل اليتيم فانه لا يجوز الولي على الطفل ومن جرى مجراه تفويض التصرف
له وعليه الا لمن كان عدلا وكذا وكيل ولي الوقف على المساكين ونحو من جهات القرب ومثله وكيل
قسمة الخمس والزكوات ونحوها ولا يخفى ان عبارة الكتاب لا تخلو من مناقشه وكان من حقه ان يقول
كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين لاشكال الاطلاق وكذا ينعزل لو فسق موكله فانه
ليس كل موضع بفسق الموكل ينعزل الوكيل الذي تشترط امانته اما اذا حملت على المعنى الاول
فان هذا الحكم صحيح حينئذ لخروج الموكل عن اهليه التوكيل اما وكيل الوكيل عن الموكل فانه
ينعزل بفسقه لا بفسق موكله قد سبق ان توكيل الوكيل قد يكون عن نفسه وقد يكون عن موكله
فان كان عن الموكل لم تبطل وكالته بفسق الموكل ولا بفسق الوكيل الاول انما تبطل بفسقه هو بخلاف

ما لو كان

ما لو كان وكيلاً عن الوكيل حيث يشترط امانته كما في قسمة الزكوات فانه ينعزل بفسق نفسه
وفسق موكله ولا بالسكر لبقاء اهليته للتصرف نعم ينعزل الوكيل به حيث يشترط امانته وكذا الو
بفعله الموكل الذي يشترط عدالته ايضاً ولا بالتعدي مثل ان يلبس الثوب او يركب الدابة
وان لزمه الضمان اذ لا منافاة بين الوكالة والضمان واذا سلم الى المشتري برئ من الضمان
ولا يبرأ بنفس البيع وان انتقل به الملك استصحاباً لحكم الضمان الى ان يحصل التسليم الى المالك او من
جرى مجراه ولو تلف ح تلف من مال الموكل وهل يشترط لزوال الضمان بالتسليم الى المشتري
قبض الموكل او وكيله الثمن او اذنه في ذلك فيه تردد وعدم الاشتراط ليس بذلك البعيد لان
تلفه بعد قبض المشتري لا يقتضي ان يكون من مال البائع والتسليم الى المالك له حقيقة وينبغي تامل
ذلك ولو قبض الثمن لم يكن مضموناً اذا كان باذن الموكل وعلى القول بان له قبضه بمجرد
التوكيل في البيع فان رد المبيع عليه بعيب عاد الضمان لانتفاء العقد المزيل له على اشكال
ينشأ من حصول البراءة بتسليم العين الى المشتري وحدوث الضمان يحتاج الى سبب ولم يثبت
كون انفساخ العقد سبباً ولانحصار طريق البراءة من الضمان ح في التسليم الى المشتري لانه
المالك يحصل وقد حصل فيجب تحقق البراءة واستصحاباً لحكمها ومن ان العقد المزيل للضمان
هو القاطع لعلاقة الموكل بالعين وهو منتف هنا لان بيع المعيب لا ينقطع به العلاقة
لان العيب سبب الفسخ والاولى ممنوعة ويمكن تنزيل عبارة المتن على معنى آخر وهو ان
العقد المزيل للضمان قد انتفى فينتفي ما يترتب عليه وضعفه ايضاً ظاهر والاصح عدم
عوده وهنا شيء وهو ان الوكيل هل له ان يتسلم المبيع حينئذ من دون اذن مستانف مطلقاً
ام ذلك دائر بعلم المشتري وكالته وهل ينعزل عن الوكالة بفعل هذا البيع ام تبقى وكالته
وتبطل بعزل الوكيل نفسه في حضرة الموكل وغيبته لان الوكالة عقد جائز من الطرفين
ويقتضي ذلك انفساخ العقد بفسخ كل منهما فاذا عزل نفسه ثم تصرف كان فضولياً واحتمل
في التذكرة صحة التصرف لو كان عزل الوكيل نفسه في غيبة الموكل عملاً بالاذن العام الذي تضمنته
الوكالة وكذا مع الحضور وعدم الرضا بعزله وهذا الاحتمال لا يخلو من وجه لان الاستنابة
في التصرف حق للموكل ولا ينعزل هذا الاذن بعدم رضى الوكيل ويؤيده ظاهر قوله عليه السلام
فامره ماض ابداً والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل الحديث وفصل بعض الشافعية فقال
ان كانت الوكالة بصيغة الامر لم ينعزل بردها لان ذلك اذن واباحة فاشبه اباحة الطعام

وابو حنيفه شرط في عزله نفسه حضور الموكل   وبعزل الموكل له سوآء اعلمه العزل اولا على رأي
اي ينعزل الوكيل بعزل الموكل له سوآء اعلمه العزل او لا على رأي وسوآء اشهد على العزل او لا على رأي
آخر وتحقيق المسئلة ان ابن الجنيد والشيخ في الخلاف والمبسوط وجمع من المتاخرين شرطوا الانعزال
اعلامه بالعزل فلا ينعزل بدونه واكتفى الشيخ في النهاية وابن البراج وابو الصلاح وابن حمزه
وابن ادريس بالاشهاد على العزل فينعزل معه وان لم يعلم لا بدونه واختار المص هنا انعزاله
بالعزل مطلقاً لان الوكالة عقد جايز من حقه ان ينفسخ بالفسخ على جميع الاحوال والا لكان على
بعضها لازماً هف والاخبار عن امير المؤمنين وابي عبد الله ع بعدم الانعزال بدون الاعلام
كثيرة وان ضعف بعضها ففيها صحيحة هشام بن سالم عن الصادق ع عن رجل وكل آخر على وكالة
في امضاء امر من الامور واشهد له بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لامضاء الامر فقال اشهدوا
اني قد عزلت فلاناً عن الوكالة فقال ان كان الوكيل قد امضى الامر الذي وكل فيه قبل ان يعزل
عن الوكالة فان الامر واقع ماض على ما امضاه الوكيل كره الموكل ام رضي قلت فان الوكيل قد
امضى قبل ان يعلم العزل او يبلغه انه قد عزل عن الوكالة فالامر ماض على ما امضاه قال نعم قلت
له فان بلغه العزل قبل ان يمضي الامر ثم ذهب حتى امضاه لم يكن له ذلك بشيء قال نعم ان الوكيل اذا
وكل ثم قام عن المجلس فامره ماض ابداً والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة او يشافهه بالعزل
عن الوكالة ولانه لو انعزل قبل العلم لكان فيه ضرر عظيم لانه ربما وكله في بيع الجارية فيطأها المشتري
او الطعام فياكله او الثوب فيقطعه او ينقله الى بلاد بعيدة وغير ذلك من الامور التي ربما يعم البلاء
بها جمعاً كثيراً ويشق الحكم ببطلانها بل يكاد لا يطاق وهذا القول اصح فعلى هذا انما ينعزل اذا
بلغه ذلك بقول ثقة لا كالفاسق والصبي لما تضمنه رواية هشام   وكذا لو وكله في الشرآء
بدينار دفعه اليه فتلف او ضاع او اقترضه الوكيل وتصرف فيه سوآء وكله في الشرآء بعينه او مطلقاً
لانه وكله في الشراء به ومعناه ان ينقده ثمنا بدل الشرآء بعينه اي وكذا تبطل الوكالة لو وكله في الشرا
بدينار دفعه اليه فتلف بوقوعه في نحو البحر وما جرى مجرى ذلك او ضاع بنحو سرقة سارق لفوات
متعلق الوكالة وكذا لو اقترضه الوكيل وتصرف فيه لان الظاهر ان التقييد بتصرفه فيه انما يحتاج
اليه اذا كان الاقتراض بدون اذن الموكل اما باذنه فانه يخرج عن ملكه بالاقتراض فيفوت متعلق
الوكالة حينئذ ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد وكله في الشرا بعينه او مطلقاً لانه وكله في
الشرآء به ومعناه ان ينقده ثمنا في الجملة اعم من ان يكون ذلك حين الشرآء وبعده فاذا ذهب وخرج

عن ملك الموكل

عن ملك الموكل فقد تعذر الشراء به فتعذر فعل متعلق الوكالة ولانه لو صح الشراء للزم الموكل
ثمن لم يلتزمه ولا رضي بلزومه واعلم ان قول المصنف في تفسير الموكل في الشراء بالدينار ان معناه
ان ينقده ثمنا قبل الشراء او بعده على ظاهره مؤاخذة لانه ليس معنى التوكيل في ذلك ان
ينقده قبل الشراء ثمنا وهو ظاهر وكانه اراد بما قبل الشراء حين ايقاع العقد ولا يتقرر وجوب
تأخر التسليم عن قبض المبيع لانه ربما كان مقترضا او اذن الموكل او يقال هذا معناه اللغوي
وان دل العرف ورعاية الاحتياط على خلافه   فلو عزل الوكيل عوض دينارا واشترى به
وقف على الاجازة فان اجازه والا وقع عن الوكيل وذلك لانه بعزله الوكيل لا يتعين للموكل
ويصير من ماله فيبقى على ملك الوكيل فاذا اشترى به للموكل وقف على اجازته فان اجازه فهو له
والا وقع عن الوكيل وان اضاف الشرا للموكل الا اذا لم يصدقه البايع مع الاضافة على ان الشرا
بغير مال الوكيل ولم يثبت ذلك بالبينة والا بطل واعلم ان اطلاق قوله فان اجازه يقتضي وقوع
البيع للموكل مع الاجازة فان كان الشرا بغير الدينار الذي هو باق على ملك الوكيل وهو مناف
لما تقدم في متعلق الوكالة من انه لا يصح ان يشتري الانسان بغير ماله ما يملكه غيره بذلك العقد
وكلام التذكرة موافق لما هنا ولو وكله في عزل الدينار وقبضه للموكل لم يكن الشراء به بالوكالة
لفوات متعلقها وهذا مال الغير   ولو وكله في طلاق زوجته او بيع عبد او قبض دار من
فلان فثبت بالبينة طلاق الزوجة وعتق العبد وبيع الدار بطلت الوكالة لزوال المتعلق الموكل
الذي هو مدار صحة الوكالة   وتبطل الوكالة بفعل الموكل متعلق الوكالة وبما ينافيها مثل ان
يوكل في طلاق زوجته ثم يطأها فانه يدل عرفا على الرغبة واختيار الامساك وكذا لو فعل ما يحرم
على غير الزوج بخلاف التوكيل في بيع سريته   اما بطلان الوكالة بفعل الموكل متعلقها كما لو وكله
في بيع العبد ثم باعه فلامتناع تحصيل الحاصل ومثله في الحكم فعل الموكل ما ينافي الوكالة كما لو
اعتق العبد في المثال فانه بالاعتاق يخرج عن ملكه ويمتنع تصرفه فيه بالبيع فكذا تصرف
وكيله اما لو وكله في طلاق زوجته ثم وطئها ففي كون ذلك منافيا للوكالة فتبطل به تردد
ينشأ من دلالة الوطء على الرغبة فيها واختيار امساكها ولانه لو وطئها بعد الطلاق الرجعي
لكان رجعة فلان يقتضي رفع وكالة الطلاق اولى لانها اضعف من الطلاق ومن ان الوكالة
قد ثبتت ومنافاة الوطء لها غير معلومة ودعوى الاولوية ممنوعة والفرق قائم فان الطلاق
سبب قطع علاقة النكاح فينافيه الوطء الذي هو من توابعه بخلاف الوكالة والبعد منه فعلها

يحرم على غير المزوج والفرق الذي ادعاه بين الزوجة والسرية غير ظاهر فان الوطء ان يكون
نافى الوكالة في الطلاق من حيث الدلالة على الرغبة نافى الوكالة في البيع واعلم ان المص في القواعد
احتمل بطلان الوكالة في الطلاق بالوطء واستشكل الحكم في غير الوطء ولم يفت بشيء وللتوقف
مجال ولو وكله في بيع عبده ثم اعتقه عتقاً صحيحاً او باعه كذلك بطلت الوكالة وقد ذكر سبق ذكر
هذه المسألة ولنا اعادها ليبني عليها ولا تبطل مع فساد بيعه وعتقه مع علمه ومع جهله
اشكال اما الوجه الاول فلانه مع العلم لم يحصل ما يقتضي العزل لان فاسد البيع والعتق
لا يقتضي الخروج عن الملك ولا يدل على ارادة العزل بشيء من الدلالات واما الاشكال
فمنشاؤه من بقاء الملك وسلطنة التصرف والشك في سببية العزل ومن ان العقد الصحيح سبب
في العزل وقد قصده وحلول ايجاده وفيه نظر لان العقد الصحيح سبب في العزل من حيث ترتب
الخروج عن الملك عليه وذلك مفقود مع ظهور فساده نعم ان اتى بالاتي به العزل فليس ببعيد قصد
الانعزال به والا فلا والاقرب في التدبير الابطال لان وجه القرب انه يقتضي بقاء الملك
الى حين الوفاة ثم الملك وسلطنة التصرف والتدبير متغير لانه وليس بشيء ولو بلغ الوكيل رد
الوكالة فردها بطلت وافتقر بعدها الى تجديد عقد وله ان يتصرف بالاذن مع جهل الموكل ببقاء
الاذن فان الوكيل لا يملك ابطاله اذ هو استنابة من الموكل في تصرف يتعلق به كالاذن له في
اكل الطعام فرد الاذن ثم اراد الاكل فانه لا يمنع ببقاء حكم الاذن فان قلت فاية معنى لبطلان
الوكالة حينئذ قلت قد قيل ان اثره يظهر في سقوط الجعل وهو محتمل ومع علمه اشكال
اي مع علم الموكل برد الوكيل الوكالة ومنشأ الاشكال من الشك في بقاء الاذن لاحتمال اكتفاء الموكل
في عزل الوكيل بعزل نفسه بل سكوته يشعر برضاه به ومن ان الاصل بقاء الاذن حتى يحصل
المزيل ومع الشك فالاستصحاب يقتضي البقاء والمتجه انه ان وجد قرينة تدل على الرضا بالرد
وعدمه عول عليها والا فالاحوط عدم التصرف وجحد الوكيل الوكالة مع العلم بها رد لها على
اشكال لا مع الجهل وغرضنا لاحقا منشأ الاشكال من ان الرد والجحود متنافيان لان الرد
يستدعي الاعتراف بصدورها والجحود انكارها واحد المتنافيين لا يستلزم الآخر ومن
الاصل في جحد المسلم الصدق وهو يستدعي حصول الرد ويقوى الاول لان سبب التوكيل قد
تحقق لانه المفروض وسبب العزل غير متحقق والجحد بنفسه لا يكون عزلا لان العزل انشاء
وهذا خبر ولا مستلزما له لان كونه صدقا لا يتوقف على الرد لاحتمال ارادة معنى آخر به

ومجرد

ومجرد تطرق الاحتمال مع الشك في حصول سبب العزل كان في التمسك بعدمه على انه كونه صدقاً
غير مقطوع به فانا الاصل يقتضي حمل اخبارات المسلم على الصدق فاذا دل الدليل على كونه كذباً
للعلم بعدم مطابقتها الواقع لم يجب ان يحكم بوجود سبب آخر شرعي لم يدل دليل على وجوده
ليكون مخرجاً عن الكذب والاصح انه لا يكون رداً   وصورة العزل ان يكون الموكل فسخت الوكالة
او نقضتها او ابطلتها او عزلتك او صرفتك او ازلتك عنها او ارسلتك عنها او نهاه عن فعل ما
امره به اي وصورة العزل بالقول لانه قد يحصل بامور اخرى تقدمت وفي نسخة او ارسلتك عنها
او ارسلتك عنها او نهاه عن فعل ما امره به ~~اي وصورة العزل بالقول الخ~~ والظاهر انها غلط
وفي كون انكار الموكل الوكالة فسخاً نظر منشأ النظر هنا نظير ما سبق في جحود الوكيل والا صح
عدم كونه فسخاً كما في جحد الوكيل   وهو شيئان تصديق الموكل وشهادة عدلين ذكرين
الى قوله ولا بشاهد ويمين لا خلاف عندنا في عدم ثبوت الوكالة بما يثبت به المال لان الغرض
من الوكالة الولاية على التصرف وترتب المال عليها او ترتبه عليها وليس هو المقصود الاصلي بخلاف
الوصية بالمال وقال بعض العامة انه يقبل في الوكالة بالمال شاهد وامرأتان وشاهد ويمين
فان قلت لو ادعى شخص انه يستحق على آخر كذا بجعل في وكالة يثبت بشاهد ويمين قلت لا يحضرني
الآن به تصريح ووجه الثبوت ظاهر اذ لا غرض في الولاية صح   ولو كان ذلك قبل العمل فالظاهر
اطلاقهم عدم الثبوت واما الثبوت بتوقف العمل وعدمه فسيأتي الكلام عليه ان شاء الله تعالى
فلو شهد احدهما انه وكله يوم الجمعة او انه وكله بلفظ عربي والآخر يوم السبت او بالعجمية
لم يثبت ما لم ينضم الى شهادة احدهما ثالث وذلك لان العقد المشهود به متعدد فان الواقع
يوم الجمعة غير الواقع يوم السبت فلم يكمل النصاب بالنسبة الى كل واحد من العقدين اذا عرفت ذلك
فاعلم ان قوله فلو شهد احدهما الخ تفريع على ما دل عليه قوله وشهادة عدلين ذكرين بعد قوله
فيما ثبتت به الوكالة فانه يدل على ان يكون ما شهد به العدلان شيئاً واحداً ليتحقق تعدد الشهادة بالنسبة
اليه بخلاف ما لو اختلف المشهود به وهذا المدلول وان كان خفياً الا انه مراد وهو صحيح في نفسه
فصح التفريع   ولو شهد احدهما انه اقر بالوكالة يوم الجمعة او بالعربية والآخر يوم السبت
او بالعجمية ثبت لاتفاق الشاهدين على حصول التوكيل والاصل عدم التعدد في العقد
فالمقتضي للثبوت موجود وهو شهادة الشاهدين والمانع وهو التعدد مشكوك فيه
فيجب التمسك بالمقتضي ولا يلزم من تعدد الاقرار تعدد الوكالة اذ لا يلزم من تعدد

الخبر تعدد المخبر عنه فانه مخبر عن الشئ الواحد بعبارات متعددة وبالفاظ مختلفة
وكذا لو شهد احدهما بلفظ وكلتك والآخر استنبتك وجعلتك وكيلاً او جريّاً فان كانت الشهادة
على العقد لم تثبت وان كانت على الاقرار ثبتت اي وكذا الحكم لو شهد احدهما بلفظ وكلتك
والاخر استنبتك ح فان الشهادة اذا كانت على العقد كان كما لو شهد احدهما بانه وكله يوم الجمعة
والآخر يوم السبت فلا يثبت لتعدد الوقت وان كانت على الاقرار فهي كما لو شهد احدهما انه
اقر يوم الجمعة والآخر يوم السبت فتثبت فعلى هذا لا يحكم الحاكم بالثبوت وعدمه الا بعد الا ستفصال
لان اللفظ محتمل لان يكون المحكي انشاء او اخبارا واعلم ان الجري بالراء المهملة كغني الوكيل الواحد
والجمع والمونث ذكره في القاموس وكان يتي به لانه جرى مجرى الموكل ولو قال احدهما اشهد انه
وكله وقال الآخر انه اذن له في التصرف تثبت لانهما لم يحكيا لفظ الموكل فالاختلاف انما هو في
عبارتهما وذلك غير قادح ولو شهد احدهما انه وكله في البيع والآخر انه وكله وزيداً او انه
لا يبيعه حتى يستامر زيداً لم تتم الشهادة لان مقتضى الشهادة الاولى استقلاله بالبيع والثانية
عدمه لان كونه وكيلا مع آخر يقتضي منع الانفراد بالتصرف وذلك يقتضي تعدد العقد
المشهود به ولو شهد احدهما انه وكله في بيع عبد والآخر انه وكله في بيع عبد وجارية
تثبت وكالة العبد لاتفاقهما على وكالة العبد وزيادة الثاني لا تقدح لعدم استلزام تعدد
العقد لان من وكله في بيع عبد وجارية فقد وكله في بيع العبد اذ لا يتعين حالة بيعه بيع الجارية
معه كما سبق في مقتضيات التوكيل فان شهد باتحاد الصفقة فاشكال اي فان شهد
الشاهد بالوكالة في بيع العبد والجارية بانه وكله في بيعهما صفقة واحدة ففي ثبوت الوكالة
في بيع العبد اشكال ينشأ من اتفاق الشاهدين على الوكالة في بيع العبد ومن ان الوكالة
في بيع العبد مطلقا مغايرة للوكالة في بيعه منضماً الى الجارية لا تغاير منافية لها فشهادة
كل من الشاهدين على توكيل مغاير للآخر فلا يثبت واحد منهما وهو الاصح وضعف الاحتمال
الاول ظاهر ولا فرق بين هذه وبين شهادة شاهد بتوكيله في البيع وآخر بتوكيله وزيداً
بل الحكم بعدم الثبوت هنا اقوى للنص على اتحاد الصفقة هنا واستفادة الاجتماع على البيع
من ظاهر اللفظ هناك وكذا لو شهد احدهما انه وكله في بيعه لزيد والآخر في بيعه لزيد وان
شاء لعمرو اي وكذا تثبت الوكالة والمشبه به هو الحكم بها لو شهد احدهما انه وكله في بيع عبد
والآخر انه وكله في بيع عبد وجارية ووجه الثبوت كما سبق اتفاقهما في الوكالة بالبيع لزيد والزيادة لا

تستلزم

لا تستلزم التقدم وسكوت الآخر عنها اما لعدم سماعه اياها او عروض نسيان او لاقتصاره على
الشهادة باحد متعلقي الوكالة باختياره واستشكل المص الحكم في التذكرة ولا وجه للاشكال
ولو شهدا بالوكالة ثم قال احدهما انه عزله لم تثبت الوكالة لرجوع احد الشاهدين عن الشهادة
قبل الحكم خلافاً لبعض الشافعية ولو كان الشاهد بالعزل ثالثاً ثبتت الوكالة دون ا ب
دون العزل لنفوذ الحكم قبل رجوع الشاهد فلم يتم النصاب وكذا لو شهدا بالوكالة وحكم
بها الحاكم ثم شهد احدهما بالعزل تثبت الوكالة دون العزل لنفوذ الحكم قبل رجوع الشاهد
فلا يؤثر فيه رجوعه وكذا لو رجع الشاهدان والاقرب لضمان وجه القرب انه تسلط
الغير على التصرف في مال الغير بغير حق بشهادة يعلم بطلانها فكان ضامناً لما يترتب عليها
من تلف مال الغير او نقصانه ويحتمل ضعيفاً العدم فانه اخبر بالصدق في كلا الوكالة
والعزل ولا ضمان على من اخبر بالصدق ولا يعدّ ذلك رجوعاً وليس بشيء لان شهادته بالوكالة
وسكوته عن العزل قبل الحكم يقتضي الاستناد في بقاء التوكيل الجري ان الحكم الى شهادته
وشهادته بالعزل قبل ذلك تقتضي الرجوع عن تلك الشهادة فيضمن ما تلف بشهادته هو الا
وسياتي ان شاء الله تعالى في الشهادات بيان مقدار ما يضمنه الشاهد برجوعه ولو
شهدا معاً بالعزل ثبتا اي شهد الشاهدان بالوكالة معاً بالعزل لا على طريق الرجوع ثبت العزل
ايضاً كما ثبتت الوكالة اولاً لتمام النصاب في الموضعين ولا تثبت الوكالة بخبر الواحد ولا
العزل باجماعنا وفاقاً لاكثر العامة وقال ابو حنيفة تثبت الوكالة بخبر الواحد وان لم ثقة ويجوز
التصرف للمخبر بذلك اذا غلب على ظنه صدقه الخبر بشرط الضمان لو انكر الموكل ويثبت
العزل الواحد اذا كان عدلاً وليس بشيء فان قلت قد سبق ان الوكيل اذا بلغه العزل من ثقة
انعزل وهذا يقتضي ثبوت العزل بخبر الواحد قلنا الانعزال في هذه الحالة مشروط بثبوت
العزل بعد ذلك وفايدة الاخبار كون العزل الواقع عندنا فلولاه لجهل الوكيل
به لا ثبوت العزل في الواقع به ويصح سماع البينة بالوكالة على الغايب ومعناه على ما
ذكره في التذكرة انه ادعى ان فلاناً الغايب وكلني في كذا ويقيم البينة على ذلك اجماعاً منا
وبه قال الشافعي لانه لا يعتبر رضاه في سماع البينة فلا يعتبر حضوره خلافاً لابي حنيفة
وتقبل شهادته على موكله ولو فيما له الولاية فيه اي تقبل شهادة الوكيل عليه مطلقاً سواء شهد عليه
فيما هو وكيل فيه ام لا لانتفاء المحذور اما له فانما تقبل فيما لا ولاية له فيه لانه يثبت لنفسه حقاً

صح

يكن

تمام النصاب بالنسبة الى الوكالة دون العزل
كذلك المسألة السابقة لان الشهادة بالعزل
كانت من اثنين شاهد بالوكالة كان رجوعاً
من احدهما النصاب منه

الا ان يعزله قبل الحضور كما سيتوضح لنا البعض لمانه   ولو شهدا للكان بانه زوّج
امّهما وكّلته في طلاقها لم تقبل وكذا لو شهدا بالعزل لانهما يجرّان الى انفسهما نفعًا في الصورتين
اما الاولى فلاقتضاء الشهادة زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما واما الثانية
فلاقتضائها ابقاء النفقة على الزوج   ويحكم الحاكم بعلمه فيها اي في الوكالة فاذا علم
وكالة شخص لم يحتج في الثبوت الى اقامة البينة كغيرها من الحقوق   لو اختلفا في اصل الوكالة
قدّم قول المنكر مع يمينه وعدم البينة سواء كان المدعي هو الوكيل ام الموكل والمراد باختلافهما
في اصل الوكالة اختلافهما في اصل الوكالة صدور التوكيل وهو مقابل ما سيأتي ان شاء الله تعالى
في البحث الثاني من الاختلاف في صفة التوكيل وكون الوكيل مدعيًا ظاهر كثيرا ما يكون الموكل
مدعيًا فيخفى كان كان التوكيل في بيع شيء مشروطا في عقد لازم فادعى الموكل حصوله ليخرج
من العهدة ويصير العقد لازما وانكره الوكيل ونحو ذلك   فلو ادعى المشتري النيابة وانكر
الموكل قضي على المشتري بالثمن سواء اشترى بعين او في الذمة الا ان يذكر في العقد الابتياع
له فيبطل اي لو ادعى المشتري لشيء انه وكيل لزيد في ذلك الشراء وانكر زيد المدعى عليه الوكالة
حلف واندفع الشراء عنه ظاهرا سواء اشترى بعين من نقد وغيره او في الذمة لكن يستثنى
من ذلك ما اذا ذكر في العقد الابتياع لزيد فانه يبطل ظاهرا لانتفاء الوكالة بيمينه ويجب
ان يستثنى ايضا ما اذا اعترف البايع او قامت البينة على ان العين التي وقع الشراء بها ملك
لزيد فانه يبطل هنا ايضا وسيأتي في كلام المصنف ان شاء الله تعالى في البحث الثاني في شراء الجارية
مثل ذلك   ولو زوجه امرأة فانكر الوكالة ولا بينة حلف المنكر والزم الوكيل المهر وقيل
النصف وقيل ببطلان العقد ظاهرا الاول قول الشيخ في النهاية وابنا البراج وحجته ان
المهر يجب جميعه بالعقد وانما ينتصف بالطلاق وقد فات بتقصير الوكيل بترك الاشهاد
فيضمنه كما دلت عليه الرواية والثاني قوله في المبسوط وحجته ما رواه عمر بن حنظلة عن
الصادق عليه السلام في رجل قال لآخر اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاولت من صداق
او ضمنت من شيء او شرطت فذلك رضا لي وهو لازم لي ولم يشهد على ذلك فذهب فخطب
وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه به وسألوه فلما رجع اليه انكر ذلك قال يغرم لها نصف الصداق
وذلك انه هو الذي ضيّع حقها فلما ان لم يشهد لها عليه بذلك قال الحلال لها ان تتزوج ولا يحل للاول
فيما بينه وبين الله الا ان يطلقها لان الله تعالى قال فامساك بمعروف او تسريح باحسان فان لم يفعل

فهو مائم

فهو ما ثوم فيما بينه وبين الله تع وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام قد اباح لها ان تتزوج ولانه
فسخ قبل الدخول فيجب نصف المهر والثالث نقله المحقق نجم الدين وقواه وكذا المص في المختلف فانه
قال بعد ان حكاه عن بعض علمائنا وفيه قوة وهو المختار لانه اذا حلف على نفي الوكالة انتفى النكاح ظا[هرا]
ومن ثم ساغ لها ان تتزوج فينتفي المهر ايضا فلا وجه لغرم الوكيل جميعه او نصفه نعم لو كان الوكيل
تضمنه اتجه ذلك والرواية لا تأبى الحمل عليه ويجب على الموكل الطلاق او الدخول مع صدق الوكيل
لا ريب في وجوب ذلك عليه على تقدير صدق الوكيل وقد نطق الكتاب والسنة بذلك نعم لو
ضمن الوكيل المهر فالوجه وجوبه اجمع ويحتمل نصفه هذا استدراك مما دل عليه القول الثالث وهو
بطلان العقد ظاهرا فانه يدل على عدم وجوب شيء من المهر لان وجوب المهر او بعضه فرع صحة
العقد فاذا انتفى الاصل انتفى الفرع الا ان هذا انما هو حيث لا يضمن الوكيل للزوجة المهر
فان ضمنه فالوجه عند المص وجوب جميعه لانه ثبت بالعقد باعتراف الوكيل ولم يحصل ما يقتضي
سقوط نصفه وهو الطلاق ويحتمل على هذا التقدير وجوب النصف خاصة لان انتفاء النكاح
ظاهرا باليمين بمنزلة الفسخ فينتصف به المهر اذا عرفت ذلك فاعلم ان قول المص نعم لو ضمن الوكيل
المهر فالوجه وجوبه اجمع بناء على القول بالبطلان لان مختار المص في هذا الكتاب الوجوب على الوكيل
بمجرد العقد وترك الاشهاد لكنه في مقام المخالفة لم يجزم بالجميع او النصف وهنا جزم بالجميع
في اول كلامه حيث قال ولو زوجه امرأة فانكر الوكالة ولا بينة حلف المنكر ولزم الوكيل المهر
فكيف يستقيم ان يكون ما ذكره هنا هو مختاره في المسألة كما يظهر من كلام الشارحين على انه لا معنى
للاستدراك كما يستفاد من لفظ نعم حينئذ ولا ريب ان تأمل اول الكلام وآخره يأبى ما فهماه

ثم المرأة ان ادعت صدق الوكيل لم يجز ان تتزوج قبل الطلاق لانها باعترافها زوجة
بخلاف ما اذا لم تكن عالمة بالحال ولم تعترف بصدقه لانتفاء الزوجية ظاهرا بيمينه وقد سبق
في الرواية التصريح بذلك ولا يجبر الموكل على الطلاق فيحتمل تسلط المرأة على الفسخ او الحاكم على
الطلاق لا ريب انه لا يتصور اجبار الموكل على الطلاق فانه لا نكاح ظاهرا فكيف يتصور مطالبته
بالطلاق وبقاء المرأة ممنوعة من النكاح والنفقة ضرر عظيم فيحتمل تسلطها على الفسخ دفعا للضرر
ويحتمل تسلط الحاكم على الطلاق لان له ولاية على الممتنع ولا ريب ان المنكر ممتنع على تقدير وقوع
التوكيل اذ الواجب عليه القيام بحقوق الزوجية او الطلاق فيشرع له ان يقول ان كانت فلانة زوجتي
فهي طالق صح ولا يعد ذلك تعليقا قادحا لان الطلاق انما يقع على هذا التقدير حتى لو طلق

بدون هذا الشرط لم يقع الطلاق بحسب الواقع الا على تقدير تحققه   ولو زوج الغايب
بامراة لادعايه الوكالة فمات الغايب لم ترثه الا ان يصدقها الورثة او تثبت الوكالة بالبينة
ومع انتفاء الامرين فلها احلاف الورثة على نفي العلم ان ادعت عليهم العلم فان حلفوا فلا ميراث
والا حلفت مع علمها وورثت   ولو ادعى وكالة الغايب في قبض ماله من غريم فانكر الغريم
الوكالة فلا يمين عليه اي وان ادعى عليه العلم لان اليمين انما يتوجه حيث يكون المنكر بحيث لو
اقر لنفذ اقراره وليس كذلك هنا لكن سياتي انه في نفوذ الاقرار لو كان الحق دينا اشكالا
ولو صدقه فكانت عينا لم يؤمر بالتسليم لان ذلك اقرار في حق المالك فلا ينفذ لكن لو دفع العين
لم يمنع منه ايضا   ولو دفع اليه كان للمالك مطالبة من شاء باعادتها فان تلفت الزم من شاء مع
انكاره الوكالة ولا يرجع احدهما على الاخر اي لو دفع من بيده على مال الغير مع تصديقه اياه على
دعواه الى مدعي الوكالة في قبضها فانكر المالك التوكيل حلف وانتفت الوكالة ظاهرا وتخير
في مطالبته من شاء منهما باعادة العين لان من بيده العين عاد بدفعها الى القابض عاد باثبات
اليد عليها فان تلفت في يد القابض بغير تفريط الزم من شاء منهما بعوضها لما تلناه ولا يرجع
احدهما على الاخر لاتفاقهما على ان المالك كاذب في انكار الوكالة وظالم في المطالبة بالعوض والظالم ٢
لا يرجع على غير ظالمه   وكذا لو كان الحق دينا على اشكال اي وكذا لا يؤمر بالتسليم لو كان الحق
دينا ومنشا الاشكال من ان التسليم المامور به على تقدير ثبوته لامر به ٢ وهو قول الشيخ في
المبسوط ومن حيث ان هذا التصديق يقتضي وجوب تسليم هذا القدر من مال نفسه فيجب نفوذه
لانه اقرار العقلاء على انفسهم جايز وهو قول ابن ادريس واعترض بامرين احدهما ان هذا
التسليم لا يبرئه الذمة ظاهرا فلا يؤمر به لان لمن عليه الحق الامتناع من الاداء الا ان يحصل الاشهاد
المقتضي لحصول البراءة ظاهرا الثاني ان التسليم لو امر به لكان اما على جهة كونه المدفوع مال
الغايب او مال الدافع والقسمان باطلان لان الغايب لم يثبت توكيله فيكون التسليم ماله والدافع انما
يجب عليه تسليم مال الغايب والملازمة ظاهرة ويجاب عن الاول بان الاشهاد الذي جوزنا الامتناع
من الاداء الى حصوله انما يراد به اشهاد المدفوع اليه لانه على تقدير انكار التوكيل يرجع الى ماله
الذي دفعه بالبينة واحتمال تلفه بغير تفريط او عدم الظفر بالمدفوع اليه لا يقدح والا لقدح
في الدفع الى المالك وان اشهد لاحتمال موت الشاهدين او ظهور فسقهما او مطالبته في بلد لا
يتمكن من الوصول اليهما وعن الثاني بان تسليم ذلك القدر من مال المديون على انه مال الغايب

[illegible] المقتضي الامتناع الاداء ٢

واعتبار ان

واعتباران احدهما كونه مال الغايب في حق المديون والآخر كونه مال الغايب في حق الغايب نفسه
واقرار المديون نافذ بالنسبة الى الغايب لاعتباره الاول لانه في حقه خاصة وهو كاف في وجوب التسليم
كما انه اذا ادعى شخص زوجية امرأة فانكرت وحلفت فانا نعتبر دعواه اقرارا بزوجيتها في
حق نفسه وان انتفت الزوجية بالنسبة اليها فلزوجيتها اعتباران بالنسبة اليه وبالنسبة اليها
كما قلناه في ان لكون المدفوع مال الغايب اعتبارين احدهما بالنسبة الى المديون والآخر بالنسبة
الى الغايب ويؤيده عموم قوله عم اقرار العقلاء على انفسهم جايز ولم يثبت المخصص في محل النزاع
والاصح مختار ابن ادريس نعلى هذا لو لم يعترف المديون بالوكالة فادعى عليه العلم حلف على نفيه
الا انه لو دفعه هنا لم يكن للمالك مطالبة الوكيل لانه لم ينتزع عين ماله اذ لا يتعين بقبضه لو قبض
وكيله لما قال المص وكذا لو كان الحق دينا اوهم استواء الدين والعين في الاحكام المذكورة في
العين فاستدرك لدفع هذا الوهم بقوله الا انه لو دفعه هنا لم يكن للمالك مطالبة الوكيل يعني
على تقدير انكار الوكالة وحلفه لان الوكيل لم ينتزع عين ماله لانتفاء الوكالة ظاهرا فلا يتعين
المقبوض له وللغريم العود على الوكيل مع بقاء العين او تلفها بتفريطه اما الاول فظاهر
لبقاء عين ماله دفعه والوكيل لا يدعي استحقاقه وكذا المديون وقد استوفي دينه فيجب ردها
الى الدافع ومنه يظهر تقريب ما اذا تلفت العين بتفريط لان التالف في ذمة الوكيل ولا
درك لو تلفت بغير تفريط لاتفاق الدافع والقابض على براءة ذمة القابض من عهدتها لانه
بزعمهما وكيل والمديون ظالم بمطالبته واخذه وكل من يجب عليه الدفع لو اقر يلزمه
اليمين لو انكر لان فائدة اليمين اقراره او رده فيحلف المدعي فيكون كما لو اقر المنكر فحيث لا ينفذ
اقراره لا يتوجه عليه اليمين فان قيل ان المردودة قد قيل انها كالبينة فيجب توجه اليمين هنا
وان لم يجب الدفع باقراره قلنا هي كالبينة بالنسبة الى المتخاصمين دون الغايب فلا ينفذ على
الا اقراره هنا ولو ادعى انه وارث صاحب الحق فكذبه حلف على نفي العلم المراد انه لو ادعى شخص
على من عنده مال لزيد انه وارثه وان لا وارث غيره وانكر المدعى عليه ولا بينة فادعى عليه العلم
بالحال فانكر حلف على نفي العلم لانه لو اقر لنفذ اقراره وينبغي ان يكون ذلك بعد ثبوت الموت
فتنتفي كلام في التذكرة ان اقراره بدفع المال بالموت كاف واطلاق العبارة هنا يشعر
بذلك ويشكل اذا كان المال عينا بان اقراره في حق الغير فكيف يتصور نفوذه بحيث يلزمه الحاكم
بالتسليم ولا منافاة بين بعد ذلك اذا عرفت ذلك فاعلم انه انما توجهت اليمين على نفي العلم على من يدعي

المال ح للحكم بانتقال المال الى الوارث ح في الجملة فاذا اتفقا على ان لا وارث سوى المدعي لم
يكن ذلك اقرارا في حق الغير لانتفاء العلم بانتقاله الى الغير ليكون اقراره في حقه فيمنع الانكار
يتوجه عليه اليمين ومثله ما لو ثبت ان زيدا باع مالا في يد الغير فادعى عمرو انه المشتري وادعى
العلم على من بيده المال فان صدق امر بالتسليم والا حلف على نفي العلم ومن هذا يعلم وجهه
وان صدقه على انه لا وارث سواه لزمه الدفع اما لو صدقه على انه وارث في الجملة لم يجز دفع
شيء اليه لامتناع تسلطه على القسمة نعم له ان يبيع استحقاقه عليه ويخلي عنه ولو ادعى احالة
الغائب عليه فصدقه احتمل قويا وجوب الدفع اليه وعدمه لان الدفع غير مبرء لاحتمال انكار المحيل
وجه الاول اتفاقهما على ان كذا في ذمة المصدق للمدعي لان الحوالة ناقلة وما ذكره المص وجها
للاحتمال الثاني ضعيف لان منع المستحق من حقه لو جاز لاحتمال الانكار الذي يصير الدفع غير
مبرء لمنع المستحق مطلقا لبقاء الاحتمال مع الاشهاد وانما يمنع المستحق ليشهد على نفسه فقط والا صح
وجب الدفع ولو قال الغريم للوكيل لا تستحق المطالبة لم يلتفت اليه لانه تكذيب لبينة
الوكالة على اشكال ينشأ من ان عدم استحقاق المطالبة قد لا يكون لكذب البينة لامكان طرو العزل
او الابراء عن الحق او الاداء الى الموكل او الى وكيل آخر وغير ذلك فتسمع دعواه ومن ان مقتضى اقامة
البينة استحقاق المطالبة فنفيه ذلك رد لمقتضاها فلا يلتفت اليه والتحقيق ان هذا القول
فيه مشترك بين تكذيب البينة وبين الدعوى الشرعية فلا يلتفت اليه لاشتراكه بين ما يسمع
وغيره ولانه لا يعتد دعوى شرعية فلا يستحق الجواب كما لو ادعى ان هذه ابنة امي حتى يأتي بتمام ن
دعوى كما اشار اليه المص بقوله ولو قال عزلك الموكل حلف على نفي العلم ان ادعاه والا فلا وكذا لو ادعى
الابراء والقضاء ان اختلفا في صفة التوكيل بان يدعي الوكالة في بيع العبد او البيع بالنسيئة
او في شراء عبد او بعشرة فقال الموكل بل في بيع الجارية او بالعين او نقدا او في شراء جارية او بخمسة
قدم قول الموكل مع اليمين لا يخفى ان توجه اليمين في هذه الدعوى انما يكون اذا وقعت بعد التصرف
لا قبله اذ تندفع بمجرد الانكار ووجه تقديم قول الموكل بيمينه ان الموكل منكر لان الاصل عدم
صدور التوكيل الذي يدعيه الوكيل ولان ذلك فعل الموكل وهو اعرف بحاله ومقاصده ودعوى العدل
عنه فان قيل الموكل يدعي على الوكيل الخيانة بتصرفه على خلاف ما امر فيجب ان يقدم قوله بانه
لامانته ولان الاصل عدم الخيانة قلنا هذا انما يتجه اذا اتفقا على الوكالة وذلك منتف هنا لان
اختلافهما في صفة التوكيل يفضي الى الاختلاف في اصل التوكيل فلا تكون وكالته عنه محققة الحصول

فلا وجه

ذلك وجه لتقديم قوله ح   ولو ادعى انه اذن في شراء الجارية بعشرين فقال بل اذنت في شرائها
او فيها بالف وحلف فان كان الشراء بالعين بطل العقد ان اعترف البايع ان الشراء لغيره او قال
غيره وهذه من جملة المسايل التي سبق بيان حكمها وان قول الموكل بيمينه مقدم فيها وانما اعادها
لبيان ما يتفرع عليها من المسايل ويجمعها من الاحكام وحاصلها انه اذا وقع الاختلاف المذكور وحلف
الموكل نظر فاما ان يكون الشراء للجارية بعين مال الموكل او في الذمة والثاني سياتي فيما بعد ان شاء
الله تعالى واما الاول فحكمه بطلان العقد ظاهرا ان اعترف البايع ان الشراء لغير الوكيل او قال
غيره يعني الموكل وكذا لو قامت البينة على ذلك لانها تفيد ما يفيده اقرار المدعى عليه وانما قلنا
ان العقد يبطل ظاهرا لان التوكيل في ذلك انتفى بيمين الموكل فكان العقد فضوليا وقد انفسخ برده
اياه المستفاد من انكاره التوكيل والحلف على عدمه لامتناع الرضا به مع الاقدام على اليمين عادة واما
بطلانه باطنا فلما فيه مما يرجع لكذب الوكيل في دعواه وعدمه   والا حلف على نفي العلم ان
ادعاه الوكيل عليه   اي وان لم يعترف البايع بواحد من الامرين ولا بينة باحدهما بان لم يقم على
ذلك بينة حلف البايع على نفي العلم بشيء منها لا مرين ان ادعى عليه الوكيل العلم بواحد منهما لابد
فيغرم الوكيل الثمن للموكل ولا تحل له الجارية لانها مع الصدق للموكل ومع الكذب للبايع
فيشتريها ممن هي له في الباطن فان امتنع رفع الامر الى الحاكم ليامره ما ان يبيعها منه برفق وليس له جبره
عليه اي اذا حلف البايع ان ادعى عليه الوكيل العلم ... لان الموكل لم يبطل العقد بل يقع للوكيل
ظاهرا فيغرم الثمن للموكل لان المفروض انه اشترى بعين ماله ... قطعا لانه
ان كان صادقا في دعوى الوكالة فهي للموكل وان كان كاذبا فهي للبايع لانه اشتراها بعين مال الموكل
فضولا وقد رد الموكل الشراء فانفسخ ولكن طريق حلها له ان يشتريها ممن هي له في الباطن فانه
يعلمه فليتحيل في ذلك بنفسه وبغيره فان امتنع من هي له من البيع رفع الامر الى الحاكم لانه المرجع ولقوة
تاثيره في النفوس فيامر من اخبره الوكيل بانه صاحبها ببيعها منه برفق ولا يجوز اجباره على
ذلك لانتفاء الملك عنه ظاهرا وعلى انه لا يجب بيع مال الشخص على آخر بغير سبب يقتضيه
فان قال ان كانت الجارية لي فقد بعتكها فالاقرب الصحة لانه امر واقع يعلمان وجوده فلا
يضر جعله شرطا وكذا كل شرط علم وجوده فانه لا يوجب شكا في البيع ولا وقفه   اي فان
قال من هي له في الباطن وما ترتب الى اخره لان التعليق انما ينافي في العقود الابتا

حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول مانع العلم بوجوده فلا تنتفي التنجيز في الانشاء ولا ريب ان بيع الجارية انما يتحقق اذا كانت ملكاً للبايع فهذا شرط بحسب الواقع ذكره او لم يذكره فاذا ذكره فقد صرح بالواقع ويحتمل ضعيفاً عدم الصحة نظراً الى صورة التعليق ولانه اعترف بانتفاء الشرط فيكون البيع باطلاً بزعمه وضعفه ظاهر اذ المطلوب حصول البيع باطناً بحسب الواقع لا بزعمه لكن هنا مناقشة وذلك ان قوله يعلمان وجوده يستقيم بالنسبة الى الوكيل والموكل اما بالنسبة الى البايع فلا لانه ربما لم يعلم الحال على حسب الواقع الا ان يقال يكفيه العلم بوقوع الشرط وصحة العقد قول الوكيل وان لم يعتقد ذلك في نفسه ولهذا يحكم بصحة النكاح بمجرد دعوى الوكالة عن الغير مع جهل العاقد الآخر بها وكذا ساير العقود وان اشترى في الذمة صح الشراء فان كان صادقاً توصل الى شراء الجارية من الموكل فان امتنع اذن الحاكم في بيعها او بعضها وتوفيته حقه من ثمنها هذا هو القسم الثاني وهو كون شراء الوكيل للجارية لا بعين مال الموكل بل في ذمته وحكمه وقوع الشراء ظاهراً ان لم يشترط اضافة الشراء الى الموكل ثم انه لا يخلو اما ان يكون صادقاً في دعوى التوكيل ووقوع الشراء للموكل او لا فان كان صادقاً توصل الى الجارية من الموكل باي طريق امكنه فان امتنع قال المصنف اذن الحاكم في بيعها او بيع بعضها وتوفيته الثمن ويشكل بان الحاكم لا يعلم صدق الوكيل وقد ثبت البيع ظاهراً فكيف يأذن بخلاف ما يعلم ويجاب بانه لا محذور في هذا الاذن بالنسبة اليه لانها ان كانت للوكيل فلا منع وان كانت لغيره وقد امتنع من اخذها ورد مال الوكيل اليه تسلط الحاكم على الاذن في البيع فيصادف محلاً على هذا التقدير وهذا صحيح في نفسه الا انه ينبغي ان لا يتعين على الوكيل استيذان الحاكم بل يستقل هو بالبيع واستيفاء الثمن كما في المديون المماطل اذا ظفر صاحب الدين له بشيء في القصاص دينه مع العجز عن الاثبات عند الحاكم وقد صرح المصنف بذلك في التذكرة الا ان الاول اولى والفرق بين ما هنا وبين مسئلة المديون انه متى اقتصاص الدين بمال المديون لم يأمن ان يعلم به المديون فيطالب به فينتزعه الحاكم ويسلمه اليه وهذا هو المحذور منتف هنا وقريب منه ولو اشتراها الوكيل عند الحاكم بالاعلى الموكل جاز وقد اورد عليه ان الحاكم ان يثبت عنده دعوى الوكيل فلا شراء بل يحكم بها للموكل والا فالثابت كونها للوكيل ظاهراً فكيف يبيعه اياها واجيب عنه بالحمل على ان المراد انه اذا طلب الحاكم من الموكل البيع فامتنع تولى الحاكم البيع فان كان الوكيل صادقاً للحاكم ولاية على الممتنع في مثل ذلك وان كان كاذباً لغت الصيغة

لان الملك

لان الملك للوكيل واعلم انه متى كان الوكيل مخالفاً للموكل بحسب الواقع واشترى في الذمة واضاف
الشرا الى الموكل او نواه ولم يرضا الموكل بطل العقد وتبقى الجارية على ملك البايع وان كان الشرا ظاهراً
للوكيل حيث لا يثبت انه اضاف الشرا الى الموكل في العقد وقد صرح المحقق في التذكرة بالبطلان ان سمى الموكل
او نواه وان لم يتعرض اليه هنا   ولو ادعى الاذن في البيع نسيئة قدم قول الموكل مع يمينه وبا[خذ]
العين فان تلفت في يد المشتري رجع على من شاء بالقيمة فان رجع على المشتري رجع على الوكيل
بالاقل منه من الثمن وان رجع على الوكيل لم يكن للوكيل ان يرجع في الحال بل بعد الاجل بالاقل الا[قل] مزيد
من الثمن والقيمة من صور الاختلاف في صفة الوكالة ما اذا ادعى الوكيل الاذن في بيع مال الموكل
نسيئة وقد باعها كذلك وانكر الموكل فالقول قول الموكل بيمينه ثم المشتري اما ان ينكر الوكالة او
يعترف بها فان انكرها وقال ان البايع انما باع ماله احتاج الموكل الى البينة ومع عدمها فالقول
قول المشتري بيمينه انه لا يعلم بالوكالة لانها يمين على نفي فعل الغير فان حلف اقرت يده ويرجع على
الوكيل بالقيمة لتعذر استرداد العين وان نكل ردت اليمين على الموكل فان حلف على ثبوت الوكالة
حكم ببطلان البيع وان نكل فهو كما لو حلف المشتري ولو نكل الموكل عن يمين الرد في خصومة المشتري
لا يمنعه من الحلف على الوكيل فاذا حلف عليه فلان يغرم الوكيل قيمة المبيع او مثله والوكيل لا يطالب المشتري
بشيء حتى يحل الاجل مواخذة له بموجب تصرفه فاذا حل نظر ان رجع عن قوله الاول وصدق الموكل
فلا ياخذ من المشتري الاقل الا من الثمن والقيمة لانه ان كان الثمن اقل فهو موجب عقده وتصرفه
فلا يقبل رجوعه فيما يلزم زيادة على الغير وان كانت القيمة اقل فهي التي غرمها فلا رجوع بزيادة
عليها الا لاعترافه اخيراً بفساد العقد وان لم يرجع بل اصر على قوله الاول طالب بالثمن كله فان كان
بقدر القيمة او اقل فلا بحث وان زاد فالزيادة للموكل بزعمه وهو ينكرها فيحفظها او يدفعها
الى الحاكم كالمجهول ما لكه ثاني ارجح دليلاً ولو توصل الى ايصالها الى الموكل بصورة هبة ونحوها كان
طريقاً الى البراءة وحينئذ كذا قيل وهذا يتم في ساعة الزيادة وقد قيل ان الجواب لا يكون دفعاً
للسؤال لان الجواب ح راجع الى ان الاخذ ما شانه الوكالة وجوابه اذا السؤال حاصله هكذا قد عزله
فكيف استحق الاخذ وجوابه ح ما ذكر لمنع امكانه لتقريره على التسليم الى الحاكم فان قيل اذا انكر الموكل الاذن كيد
في البيع نسيئة كان ذلك عزلاً للوكيل فكيف يملك الوكيل بعده استيفاء الثمن اجيب بان الموكل
قد ظلمه بزعمه بتغريمه وقد ظفر بجنس حقه من ماله فيجوز اخذه بل لو كان من غير الجنس جاز ايضاً ولا يخرج
على القولين في الظفر بغير جنس الحق في غير هذه الصورة لان المالك ثم يدعيه لنفسه ويمنع العين

عنه بخلاف الموكل فاولى مصادفة التسليم الى الوكيل الغارم حكم ما اذا انكر الوكالة
واما اذا اعترف بها فاما ان يصدق الموكل فالبيع باطل وعليه رد المبيع مع بقائه ومع
تلفه يتخير المالك في تغريم كل من الوكيل والمشتري لعدوان الوكيل بالتسليم والمشتري
بالاخذ وقرارا لضمان على المشتري لحصول الهلاك في يده نعم يرجع بالثمن الذي دفعه
مع بقائه لفساد البيع وان صدق الوكيل قدم قول الموكل بيمينه لانه منكر فان حلف اخذ
العين ومع تلفها يرجع بالقيمة على من شاء منهما فان رجع على المشتري رجع على الوكيل
بالثمن اذ لا حق له فيه وان رجع على الوكيل قبل الاجل رجع به بعد الحلول على المشتري
لا قبله وحكم زيادته على القيمة لو كانت ما تقدم وان نكل حلف المشتري لتصديقه الوكيل
وبقيت له ثم تكون الخصومة بين الوكيل والموكل فان حلف الوكيل اندفع عنه الغرم والا
فلا اذا عرفت ذلك فارجع الى عبارة الكتاب واعلم ان قول المصنف قدم قول الموكل مع يمينه
انما هو بالنسبة الى الوكيل اما بالنسبة الى المشتري فانما يقدم قوله اذا اعترف المشتري بالو كالة
او ثبت ذلك بالبينة كما سبق اول البحث وقوله فان رجع على المشتري بالقيمة رجع على الوكيل
بما اخذ منه من الثمن انما يستقيم اذا كان ثبت اصل التوكيل وحلف الموكل على نفي ما يدعيه الوكيل
الا انه اذا رجع الموكل بالقيمة على المشتري رجع على الوكيل بالاكثر لا بعين من القيمة والثمن اذا كان
جاهلاً بالمخالفة اما اذا كان الثمن الاكثر فظاهر لفساد البيع واما اذا كان القيمة الاكثر فلان المعروف
يرجع على من غره مع احتمال عدم الرجوع بالزيادة لان التلف في يده وقد قبض العين مضمونة
وقد سبق في البيع ان في الرجوع بالزيادة اشكالاً وقوله وان رجع على الوكيل لم يكن للوكيل ان يرجع
في الحال بل عند الاجل باقل الامرين انما يستقيم ذلك اذا لم تثبت الوكالة بالنسبة الى المشتري ثم رجع
الوكيل الى تصديق الموكل وبدون ذلك يرجع بالثمن كله ويسلم الزيادة الى الحاكم او يحفظها او يتوصل
الى ايصالها الى الموكل باي طريق امكن وهذا انما هو اذا كان وكيلاً في القبض ولم ننقل ان الانكار موجب
العزل فلو لم يكن وكيلاً فيه كما يمكن حمل عبارة الكتاب عليه لاطلاقها اذ كان وكيلاً وقلنا ينعزل بالانكار
فانما يرجع باقل الامرين مع الرجوع اليه خصوصاً على القول بان الانكار لا يقتضي العزل وههنا
مباحث آ ظاهر اطلاق قوله ان الموكل اذا حلف على عدم الاذن في النسيه استرد العين الا كتفاء باليمين
الواقعة بتحليف الوكيل اذا اعترف المشتري باصل التوكيل ويشكل ذلك بان اثر اليمين انما هو بالنسبة
الى المتخاصمين الا ان يقال اليمين على نفي التوكيل في ذلك التصرف يقتضي رفع ذلك التصرف فينبغي تامل

ذلك

ذلك ب وقع في عبارة التذكرة وغيرها مثل ما ذكرناه في آخر البحث من انه اذا نكل الموكل عن الحلف
لنفي الاذن في النسيه وقد صدق المشتري الوكيل حلف المشتري والمراد حلفه على ان الموكل
اذن في ذلك فلو نكل عن اليمين المردوده ونكل الوكيل فلا تصريح في كلامهم بحكم ذلك وينبغي ان
يكون كما لو حلف الموكل ج لو ادعى الموكل على المشتري العلم ونكل عن اليمين على نفيه مع الانكار
فردت على البايع فنكل ففي الحكم تردد د لم يذكر في التذكرة حكم ما اذا اعترف البايع بالوكاله
ولم يصدق واحداً منهما بان قال لا اعلم الحال وحكمه انه اذا حلف الموكل استرد العين ومع تلفها ان
رجع على البايع ينبغي ان يرجع على الوكيل باكثر الامرين وان رجع على الوكيل رجع بعد الحلول باقل
الامرين ان رجع على تصديق الموكل والا فبالثمن وحكم الزياده على القيمه في يده ما سبق في الاول
ولو ادعى الاذن في البيع بالف فقال انما اذنت بالفين حلف الموكل ثم استعيد العين ومع التلف
المثل او القيمه على من شاء فان رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل ان صدقه ليس بجيد لانه مع تصديقه
اياه لا يستحق الوكيل الثمن المدفوع اليه والموكل لا يدعيه وقد غرم المشتري عوض العين فلا مصرف
ادلي به من هذا نعم لو كان فيه زيادة عن القيمة اتجه ان لا يرجع بقوله وان رجع على الوكيل رجع عليه
باقل الامرين من ثمنه وما غرمه ولا يخفى ان ذلك كله [illegible] اذا لم يثبت اصل التوكيل ويرجع الوكيل الى
تصديق الموكل فليتأمل ذلك ج ان يختلفا في التصرف كما لو قال تصرفت كما اذنت من بيع او عتق فيقول
الوكيل لم تتصرف بعد فالاقرب تقديم قول الوكيل لانه امين وقادر على الانشاء والتصرف اليه ويحتمل
تقديم قول الموكل للاصل الدال على عدم الزام الموكل باقرار غيره جزم المص في التذكرة بان هذا النزاع
بعد عزل الوكيل فالقول قول الموكل بيمينه واستقرب كون النزاع قبل العزل مثله وتردد في التحرير
وحاصل الوجهين يرجع الى ان الاصل عدم التصرف والاصل بقاء الملك على مالكه فيقدم قول الموكل
وان الاختلاف في فعل الوكيل وهو اعلم به والظاهر من كون التصرف اليه وقدرته على الانشاء ايقاع
الفعل لانتفاء المقتضي للتأخير فيقدم قول الوكيل وهو قول الشيخ ويؤيد هذا انه لولاه لحصل الضرر
فانه ربما كان صادق وتعذر اقامة البينه ولم يتمكن من انتزاعه ممن اشتراه فتكليفه بذلك ضرر بين ولا
يخفى ان تقديم قول الموكل امتن دليلاً وتقديم قول الوكيل انسب بكونه امينا ومتصرفاً لغيره فللتوقف مجال
وان كان لتقديم قول الوكيل وجه لئلا يلزم الاضرار به ولانه محسن فيجب ان ينتفي عنه السبيل ولو
قال اشتريت لنفسي او لك قدم قوله مع اليمين لان ذلك راجع الى قصده ولا يعلم الا من قبله ولو
قال اشتريت بمايه فقال الموكل بخمسين احتمل تقديم قول الوكيل لانه امين والموكل لانه غارم والوكيل

ان كان الشرا بالعين لانه غارم لما زاد على الخمس والموكل ان كان الشرا في الذمة لانه الغارم اي اذا
وقع الاختلاف بين الوكيل والموكل في الثمن الذي وقع الشرا به فقال الوكيل اشتريته بمايه وقال الموكل
بل بخمسين والحال ان المبيع يساوي مايه كما ذكره في التحرير والا لم يكن الشرا صحيحا ففيه احتمالات ثلثه
تقديم قول الوكيل لانه امين ولان الاختلاف في فعله ولانه ربما كان صادقا وتعذر عليه اقامة البينه
فيلزمه اضراره بالغرم ولانه محسن بتصرفه للموكل وما على المحسنين من سبيل ولان الظاهر انه يشتري
انما يشترى بقيمته وتقديم قول الموكل لان الاصل عدم الزايد ولان ذلك اثبات حق للبايع على
الموكل والتفصيل بانه ان كان الشرا بالعين اي بعين مال الموكل قدم قول الوكيل لان الموكل ح يطالبه لانه الوكيل
برد ما زاد على خمسين والاصول تقتضي تقديم قول الغارم وان كان في الذمة قدم قول الوكيل يطالبه
بالزايد فهو الغارم وهذا التفصيل مذهب ابي حنيفه وقد رده المص في التذكرة بابطال الفرق المذكور
من حيث ان الغارم في الموضعين هو الموكل لان الوكيل اما ان يطالبه بالثمن او يوديه من مال الوكيل
الذي في يده ويدل على ضعف الاحتمال الثاني انه وان كان الاصل عدم الزايد وعدم ثبوت حق آخر للبايع
على الموكل الا ان الاصل عدم استحقاق اليمين بالثمن الاقل والظاهر عدم شرا ما يساوي مايه بخمسين
فحينئذ الاحتمال الاول اقوى وهو قول الشيخ في المبسوط والثاني مختار نجم الدين بن سعيد د
اي تخلفا في الرد بان ادعى الوكيل رد العين او رد ثمنها قدم قول الموكل على الاقوى وقيل الوكيل ان كان بغير
جعل على الاول قول ابن ادريس وابن سعيد في الشرايع عملا بعموم البينه على المدعي واليمين على من
انكر فان الاصل عدم الرد والثاني قول الشيخ في المبسوط وابن البراج واختاره شيخ نجم الدين في النافع
وهو الاصح لان الوكيل امين وقد قبضه لا لمحض مصلحة الموكل كالمستودع فهو محسن ولانه ربما ادى
عدم قبول قوله الا بالبينه الى الاعراض عن قبول الوكالة وذلك ممنوع مضر بها في التوكيل من الرفق
العظيم ولو انكر الوكيل قبض المال ثم ثبت بينه او اعترف فادعى الرد او التلف لم تسمع بينته
لانه قد كذبها بانكار التبعض اولا ولو ادعى عليه الموكل العلم بصحة دعوى التلف فهل له احلافه سبق في الوديعه
مثله يجي على ما سبق في المطلب الرابع في الضمان انه لو اظهر تاويلا كاستناده في الانكار الى النسيان
ونحوه سمعت واعلم ان اطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين ان يكون قد ادعى حصول الرد او التلف
قبل الجحود او بعده وقد حكي عن اكثر الجحود لم يكن مكذبا لبينته واختاره المص هنا لفرقه في الارشاد
وذهب في التحرير عدم القبول من غير تفصيل والذي سبق في عبارة هذا الكتاب في الضمان من الوكاله يدل
بمفهومه على صحة هذا التفصيل والقول به لا يخلو من قوة لان البناء في بين الكلامين السابقين اما

الاحق

اللاحق فلا والا لزم انه لو اعترف بالتضمن ثم ادعى تجدد التلف لا تسمع دعواه وهو باطل و
يقبل قول الوصي في الانفاق بالمعروف لا في تسليم المال الى الموصى له وكذا الاب والجد له والحاكم وامينه
لو انكر الصبي بعد رشده التسليم اليه والشريك والمضارب ومن حصل في يده ضالة انما يقبل قوله في
الانفاق بالمعروف اي الانفاق المأمور به شرعا الخالي من الاسراف فلانه امين يساعده ظاهر الحال
على ذلك فان الطفل لا بد له من انفاق بحسب العادة فاذا اختلف الوصي والطفل بعد كماله في قدر
الانفاق قدم قول الوصي بيمينه فيما لا يتضمن اسرافا عملا بالظاهر ولان الانفاق يتعذر اقامة البينة
عليه فلو لم يقبل فيه يمين المنفق لادى ذلك الى ضياع مصلحة الطفل اما اذا ادعى تسليم المال
فانه يكلف البينة لعموم الخبر ولاشعار قوله تعالى فاذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم بذلك
ولانه لم يأتمنه على ذلك فيكلف تصديقه وكذا القول في كل ولي وهو الاب والجد والحاكم وامينه
ووكيل احدهم والمجنون والسفيه بعد الكمال كالصبي والقول في الشريك بالنسبة الى الانفاق
بالمعروف والرد وعامل المضاربة ومن حصل في يده ضالة كالوصي فيما قلناه ٥ ان يختلفا في التلف
فلو ادعى الوكيل تلف المال او تلف الثمن الذي قبضه وكذبه الموكل قدم قول الوكيل مع اليمين وكذا
الاب والجد والحاكم وكل من في يده امانة ولا فرق بين السبب الظاهر والخفي انما قدم قول كل
واحد ممن ذكر في دعوى التلف لانه امين قبض المال لمصلحة غيره وربما كان صادقا في دعواه فيتعذر
عليه اقامة البينة فافضى الحال الى الغرم الموجب لامتناع الناس من الدخول في الامانات مع شدة
الحاجة اليها وفرق بعض العامة بين التلف بامر ظاهر فاوجب اقامة البينة عليه دون الخفي
ولو قال بعد تسليم المبيع قبضت الثمن وتلف في يدي قدم قوله لان الموكل جعله خائنا بالتسليم قبل الاستيفاء
فيقدم قوله بيمينه لانه يحاول بذلك دفع الخيانة والغرم عن نفسه واصالة عدم القبض معارضة
باصالة براءة الذمة من وجوب الغرم فيبقى تقديم قول الوكيل في عدم الخيانة بغير معارض
ولو ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل لانه لم يثبت وصول الثمن اليه والاقرب
رده على الموكل اي لو ظهر في المبيع عيب واراد المشتري رده فانما يرده على الوكيل دون الموكل لانه
لم يثبت وصول الثمن اليه قال الشيخ رحمه الله والمراد انه اذا علم المشتري بالوكالة كما يرشد اليه تعليل الشيخ
والاقرب عند المص رده على الموكل دون الوكيل لانه امين ونائب عن الموكل والبائع في الحقيقة هو الموكل
ولا اثر لوصول الثمن اليه وعدمه بل لا يجوز رده على الوكيل لانه ينعزل بفعل متعلق الوكالة الا ان
يكون وكيلا في قبضه على تقدير الرد وكيف كان فقول الشيخ ضعيف وكذا تعليله ولو قال قبضت قدم

قول الموكل لان الاصل بقاء حقه اى لو قال الوكيل قبل تسليم المبيع قبضت الثمن وتلف في يدي قدم قول الموكل لان الاصل عدم القبض وبقاء حق الموكل عند المشتري وقول الوكيل في التلف انما يقدم اذا ثبت وصول المال اليه ولو اقر بقبض الدين من الغريم قدم قول الموكل على اشكال اي لو اقر الوكيل في قبض الدين من الغريم انه قبضه وانكر الموكل قدم قول الموكل عليه كالسابق ومنشأ الاشكال من ان الاختلاف في فعل الوكيل فيقدم قوله فيه ولانه امين ومن اصالة بقاء حق الموكل عند الغريم والفرق بين هذه وبين التي قبلها ان الاختلاف هنا انما هو في فعل الوكيل وقول الموكل معتضد بالاصل وليس ثم ما ينافيه بخلاف الاولى فان قول الموكل فيها وان كان معتضدا بالاصل الا انه يقتضي خيانة الوكيل وتضمينه بتسليمه المبيع قبل القبض فيكون القول قوله وتردد في الفرق صاحب الشرائع نظرا الى ان كلا المسألتين من فروع اختلاف الموكل و الوكيل في التصرف فان كان المقدم قول الموكل فلا فرق بينهما وكذا لو قلنا بتقديم قول الوكيل ومنشأ هذا الاشكال شيخنا الشهيد في حواشيه وللقائل ان يقول ان قدمنا قول الموكل في الاختلاف في التصرف فالمتجه تقديم قول الوكيل في المسألة السابقة لقوة جانبه بدفع دعوى الخيانة عنه وللعذر وان قدمنا قول الوكيل فهما سواء في الحكم وان كان مدركه في هذه اقوى وقد عرفت ان تقديم قول الوكيل في التصرف لا يخلو من وجه

المقصد السابع في السبق والرماية وفيه بابان الاول في السبق

في السبق متقدم السبق بكون

وهو الخطر والندب والرهن الخطر والندب محركتان وقد يقال الندب للرشق وقد يقال للخطار النوع والجنس والسابق هو المتقدم بالعنق والكتد وقيل بالاذن الكتد بفتح التاء وكسرها هو الكاهل وهو العالي ما بين اصل العنق والظاهر وهو من الخيل مكان السنام من البعير وهو مجتمع الكتفين وفي القاموس الكتد محركة مجتمع الكتفين من الانسان والفرس كالكتد وهما الكاهل وما بين الكاهل الى الظهر اذا تقرر ذلك فالقول الاول هو مختار الشيخ واكثر الاصحاب وقال ابن الجنيد بالثاني محتجا بقول النبي صلى الله عليه وآله بعثت والساعة كفرسي رهان كان احدهما ان يسبق الآخر باذنه ورد بالحمل على المبالغة وان ذلك مخرج مخرج ضرب المثل على حد قوله عليه السلام من بنى مسجدا ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتا في الجنة مع امتناع بناء مسجد كذلك لان احدى الفرسين قد يرفع رأسه فيتقدم اذن الآخر عليه مع كون الاول هو السابق والعمل على المشهور وان كان الرد غير قادح لان المراد التقدم بسبب العدو والاعضاء التي جرى ذكرها في كلام الاكثر باعتبار السبق بها ثلثه الكتد والاقدام تقدم والعنق فيحصل السبق بالاقدام فاي الفرسين تقدمت يداه عند الغاية فهو السابق لان السبق عجل بهما والجري عليهما وكذا يحصل بالكتد فاي الفرسين سبق كتده فهو السابق سواء تساويا في الطول والقصر او اختلفا وكذا يحصل بالعنق فاي الفرسين سبق عنقه او بعضه مع تساويهما في الطول والقصر فهو

السابق

السابق وكذا ان اختلفا وسبق القصير بان سبق الطويل بجميع العنق او بما يزيد عليه بالتفاوت فقد سبق
وان كان باقل فالقصير هو السابق لانه يكون قد سبق بكتده والاعتبار بالعنق ولو رفع احد الفرسين
عنقه بحيث لم يمكن اعتبار السبق به فالاعتبار بالكتد والاقدام واعلم ان الجمع بين الامرين اعني التقدم
بالعنق والكتد في كلام المص نظرا الى ان العنق قد يكون في احد الفرسين اطول وقد يبرز احدهما برفع
الراس فاذا اعتبر مع تقدم العنق تقدم الكتد فقد حصل السبق قطعا   وهو المجلي والمصلي هو الثاني
لانه يحاذي راسه صلوي المجلي والصلوان عظمان نابتان عن يمين الذنب وشماله والتالي هو الثالث
سع والبارع هو الرابع والمرتاح الخامس والحظي السادس والعاطف السابع والمؤمل الثامن واللطيم التا
والسكيت العاشر والفسكل لا غير هذه اسماء خيل الحلبة وهي بالحاء المهملة واسكان اللام خيل تجمع
للسباق من كل اوب لا تخرج من اصطبل واحد فالمجلي هو السابق لانه جلى عن نفسه اي عبر عنها واظهرها
بسبقه او جلى عن صاحبه واظهر فروسيته او جلى همه بانه سبق والتالي للمصلي هو الثالث ويليه
البارع وسمي بذلك لانه برع المتاخر عنه اي فاقه والمرتاح وسمي بذلك لان الارتياح النشاط فكانه نشط
فلحق بالسوابق ويليه الحظي لانه حظي عند صاحبه حيث لحق بالسوابق اي صار له حظ ونصيب او حظي عنده اي
او فاز بمال الرهان ثم العاطف لانه عطف اليها اي مال اليها او كر عليها فلحقها ثم المؤمل لانه يؤمل سبقه او كونه
احدى السوابق ثم اللطيم كاللطيم ثم السكيت مصغرا قال في الجمهرة في باب ما تكلم به العرب مصغرا السكيت
آخر فرس يجئ في الرهان وهو الفسكل وعبارة المص هنا مصرحة كالامه في التذكرة ان الفسكل
غير العاشر ونقل الشهيد في حاشيته عن نفطويه تصديق ما ذكره عن الجوهري وذكر ان السكيت
انما سمي بذلك لانقطاع العدد عنده او لسكوت صاحبه اذا قيل لمن هذا وانهم كانوا يجعلون في عنقه
حبلا وربما اركبوه قردا يركضه وذكر في الصحاح والقاموس ان العاشر والفسكل الجائي في آخر خيل
الحلبة فيكون هو السكيت بناء على ان خيل الحلبة التي لها اسماء عند العرب عشرة كما صرح به بعض المحققين
وذكر في القاموس ان الفسكل كقنفذ وزبرج وزنبور وبرذون الفرس الذي يجئ في الحلبة آخر الخيل
والمحلل هو الذي يدخل بين المتراهنين ان سبق اخذ وان سبق لم يغرم اي الذي يدخل على وجه
يتناوله العقد بالشرط المذكور وانما سمي محللا لتحريم العقد المذكور بدونه اذا اخرج السبق كل من
المتسابقين عند ابن الجنيد منا والشافعي لانه قمار   العقد ولا بد فيه من ايجاب وقبول وقيل انها
جعالة يكفي الايجاب والبذل اختلف الاصحاب في ان المسابقة لازمة كالاجارة او جائزة كالجعالة فقال
الشيخ وجماعة بالاول تمسكا بالاصل لوجود بعض خواص الجعالة فيها ومثل ابهام العامل وجواز البذل

من الاجنبي وقال ابن ادريس وجماعة بالثاني لعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وعموم قوله عم المؤمنون
عند شروطهم اعترض المصنف في المختلف بالقول بموجب الآية فان الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه على وجهه
اللزوم ان كان لازما فالجواز ان كان جائزا وبالنقض بنحو الوديعة والعارية لورودهما بالعموم وجوابه ان الوفاء بالعقد
هو العمل بمقتضاه من دون القيد الذي ذكره فان المفهوم لغة وعرفا من الوفاء بالقول هو العمل بمقتضى قوله
ثم انه لا معنى لوجوب الوفاء بالعقد على وجه الجواز فان وجوب الوفاء به ينافي الجملة ولانه مخصوص بما
عدا الجائز فان العام المخصوص حجة في الباقي والاصح اللزوم والاصل الذي ادعاه الشيخ مدفوع بوجود
الناقل وهو عقد بذل فلا يمنع اختصاصه ببعض الخواص وهو المص يكفي فيهما الايجاب وهو البذل
المراد ببذل العوض من مجرده كافيا من كان من غير احتياج الى قبول   وفي تحريم هذه مع الخلو عن
العوض نظر ينشأ من ان الاصل الحل ولانها تستفاد لغرض صحيح ومن انها ليست ممن يقصد للحرب
والقول بها لا سبق الا في نصل او خف او حافر وهو باسكان الباء يقتضي نفي الشرعية فيما عدا الثلثة
وعلى رواية الفتح فلا دلالة فيه الا على تحريم العوض فيما عداها وكيف كان فظاهر المذهب التحريم
الا ان وجهه غير ظاهر لان هذه قد تستفاد لغرض صحيح ينفع في معالجة العدو ولم يثبت في الشرع
تحريم شيء من هذه الافعال ولا تعد بنفسها لهوا ولعبا ومن نظر في ان الانسان لو اراد ان يعتاد
شدة العدو ليكون عند لقاء العدو قادرا على النكوص عنه والانتقال عن جانب الى آخر ذا قدرة على
المصارعة في حال المشي والعدو متمكنا من العدو حيث يجوز له لم يجز القول بتحريم ذلك سبيلا ولا
ريب انه انضم الى الآخر فتعاديا كان دخل في مطلوبه وليس للضميمة اثر في التحريم والمشهور عندنا
انه يجوز اتخاذ الحمام للانس وانفاذ الكتب ويكره للفرج والتطيير اما الرهان عليها فحرام قطعا وهذا
قريب مما قلناه   تقدير المسافة ابتداء وانتهاء فلو شرط السابق حيث يسبق من غير تعيين غاية
لم يجز لان احدهما قد يكون سريعا في اول عدوه مقصرا في انتهائه وبالعكس فيتضح ما ذكر من الدليل انه
يعين المسافة لادى ذلك الى التنازع والتجاذب فان الاغراض تختلف بذلك اختلافا ظاهرا لان
من الخيل ما يكون سريعا في اول عدوه خاصة فصاحبه يطلب قصر المسافة ومنها ما يكون سيره في الابتداء
ضعيفا ثم يقوى فصاحبه يطلب طول المسافة فلا بد من التنصيص على ما يقطع النزاع فان قيل هذا
لا يدل على تمام المدعى بل انما يدل على وجوب تعيين الغاية قلنا بل يدل لان طول المسافة وقصرها انما
يتحقق مع تعيين الغاية وايضا فانه لولا تعيين المسافة لامكن ادامة السير على وجه يترتب عليه الضرر
ويفوت به مطلوب المسابقة وهذا على القول بجواز العقد اما على اللزوم فاشتراط التعيين ظاهر لا

يعني

في معنى الاجارة   ولو شرط المال لمن سبق في وسط الميدان فعلى اشكال اي لو شرط المال لمن سبق
في وسط الميدان مع قطع النظر عن السبق عند الغاية وذلك من غير تعيين للوسط على ما يرشد اليه عبارة
التذكرة وهي هذه ولو عيّنا غاية وشرطا ان السبق ان اتفق في وسط الميدان كفى وكان السابق فائزا
فالاقرب المنع لان الاعتبار بالسبق في خلال الميدان لا اعتبار بالسبق بلا غاية معينة فعلى هذا يكون منشأ الاشكال
مما ذكر من اصالة الجواز وعموم النصوص المتناولة لذلك ويمكن ان يكون المراد مع تعيين الوسط الذي يراد
عنده السبق ومنشأ الاشكال حينئذ من انه خلاف المنقول من فعل النبي صلى الله عليه وآله ولان ذلك يقتضي خروج
الغاية عن كونها غاية ومن اصالة الجواز والاصح العدم لان شرعيته ذلك على خلاف الاصل فيقتصر فيه
على مورد النص   فيقدر بالخطر ويصح ان يكون عينا او دينا حالا ومؤجلا لا ريب ان المال غير
شرط في عقد المسابقة لكن لو شرط وجب تعيينه حذرا من تطرق الجهالة المفضية الى التنازع ولا
فرق بين كونه عينا او دينا ولا بين كونه دينا حالا او مؤجلا لكن يشترط تعيين الاجل بالاجل للزيادة
والنقصان واشتراط تعيين الخطر على القول بجواز العقد ولزومه من غير تفاوت الا انه يلزم القائلين
بالجواز اغتفار الجهالة كالجعالة   ولو بذله المتسابقان او احدهما او غيرهما ويجوز من بيت المال
ان بذل المتسابقان المال فلا بحث في الجواز وان بذله احدهما دون الآخر على انه ان سبق
احدهما الآخر صح عندنا وعند الشافعي لان غير المخرج منهما يكون محللا خلافا لمالك ولو اخرجه غيرهما
فان كان المخرج الامام جاز اجماعا وان كان غيره جاز عندنا وعند الشافعي خلافا لمالك لان ذلك قربة
ومصلحة للمسلمين وكذا يجوز من بيت مال المسلمين لانه من المصالح   بتعيين ما يسابق عليه بالمشاهدة
ولا يكفي العقد على فرسين بالوصف ومع التعيين لا يجوز ابدالهما لما كان الغرض الاقصى من المسابقة امتحان
الفرسين ليعرف شدة عدو كل منهما والتمرين على ذلك وجب تعيينهما في العقد فلا يكفي العقد على فرسين
بالوصف لما قلناه من تعلق الغرض هنا بالشخص وظاهر انه مع التعيين لا يجوز مع الابدال وان قلنا
بجواز العقد   تساوي ما به السباق في احتمال السبق ع   لان الغرض الاستعلام وانما يتحقق
ذلك مع احتمال السبق كل منهما لانه اذا علم سبق واحد لم يكن للاستعلام معنى والمراد من التساوي
في احتمال السبق ثبوت الاحتمال في كل منهما فلا يمنع من السباق الا اذا قطع بسبق واحد كما هو صريح عبارة
التذكرة ومقتضى ذلك انه لا يضر كون احتمال السبق بالنسبة الى واحد غير قادح في الجواز ما لم يبلغ حد
القطع وعبارة الكتاب قد تشعر بخلافه   ولو تساويا جنسا لا صنفا فالاقرب الجواز كالعربي
والبرذون والبختي والعرابي وجه القرب حصول الشرط وهو احتمال السبق كل منهما لان الكلام على تقدير

صح

ولتناول اسم الجنس للصنفين ويحتمل العدم للبعد بين العربي والبرذون فصارا كالجنسين والاول
الاول واعلم ان العربي من الخيل خلاف البرذون والبختي من الابل خلاف العرابي ارسال
الدابتين دفعة فلو ارسل احدهما قبل الاخر ليعلم هل يدركه الاخر او لا لم يجز لان الغرض من العقد
استعلام حال الدابتين وانما يعلم بارسالهما دفعة لان السبق هنا ربما كان مستندا الى ارسال احدهما
اولا وايضا فانه استعلام ادراك الاخر للاول لا استعلام السبق فلا يجوز العقد عليه جعل
العوض للسابق منهما او منهما ومن المحلل ولو جعل لغيرهما لم يجز ولا يجوز لو جعله للمسبوق ولا جعل
القسط الاوفر للمصلي والادون للسابق ويجوز العكس لما كان الغرض الاقصى من شرعيته بذل العوض
في المسابقة الحث على السبق والتمرن على ذلك وجب ان يكون اشتراط للسابق منهما لمتسابقين ان لم يكن
بينهما محلل او منهما ومن المحلل ان كان بينهما فلو جعل لغيرهما لم يجز لانه مفوت للغرض وكذا لو جعل
للمسبوق لان كلا منهما يحرص على كونه مسبوقا لتحصيل العوض فيفوت الغرض ومن ثم لم يجز جعل القسط
الاوفر للمصلي والادون للسابق اما العكس وهو ان يجعل الاوفر للسابق والادون للاخر فانه جائز
وذكر المص في التذكرة تفصيلا حاصله ان المال ان كان بين ثالث لم يجز ذلك لان المسبوق اذا كان
يحصل على شيء كان مظنة التكاسل فيفوت مقصود العقد اما اذا كان فلا مانع لانه في الحقيقة راجع
الى جعل التفاوت بين المتسابقين هو الحظ وهذا التفصيل لا بأس به لكن سيأتي انهم اذا كانوا ثلثة
جاز ان يجعل الادون للمصلي وهو ينافي هذا الا ان يقال للمصلي في هذه الصورة سبق في
الجملة بالنسبة الى الثالث فلا يمتنع اشتراط شيء قليل له بخلاف ما هنا وهل يجوز جعله للمصلي
لو كانوا ثلثة نظر وكذا الاشكال في جعل قسط للفسكل ومنشأ النظر من ان المصلي سابق بالنسبة الى
الثالث فهو سابق في الجملة فاذا جعل العوض له كان ذلك باعثا لكل منهم على عدم التأخر وليس بشيء
لان الغرض من شرعية هذا العقد السبق وهذا الاشتراط يقتضي التحريم على عدمه ومنشأ الاشكال
اصالة الجواز واشتراط الاكثر للسابق كاف في التحريض على السبق لكل منهم فيحصل به مقصود العقد
ومن ان المسبوق اذا علم ان يحصل على شيء تكاسل عن جده ونشاطه في الحرص على كونه سابقا ومال الى عدم
اجهاد نفسه وفرسه فيفوت الغرض والاصح عدم الجواز ولو جعل العوض للمحلل خاصة جاز
وكذا لو قال الا من سبق منا فله السبق المراد جعله للمحلل على تقدير سبقه ولا شبهة في جوازه
وفي معناه قولهما من سبق منا فله السبق بالفتح ولا يشترط المحلل خلافا لابن الجنيد منا و
للشافعي حيث شرطاه اذا كان العوض منهما لقول النبي صم من ادخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن

ان يسبق

اي يسبق فان ذلك هو القمار وجه الاحتجاج به انه اذا علم ان الثالث لا يسبق فلو قامع عدمه اولى
ولانه بدونه شبيه بالقمار ويضعف بمنع الاولوية فان القطع بعدم سبق من تضمنه عقد السباق
مناف للصحة مطلقاً للمنافاة لمقصود المسابقة واستناد الشارع جواز هذا العقد اخرجه عن كونه
قماراً اذا عرفت ذلك فاعلم انه يشترط في المحلل ما يشترط في غيره من مكافات دابته لدابة المتسابقين
وتعيين فرسه في العقد كما في المتسابقين ولا قرب عدم اشتراط التساوي في الموقف وجه القرب
التمسك بالاصل لعدم الدليل الدال على الاشتراط فان الاخبار مطلقة ويحتمل العدم لانتفاء معرفة
جودة عدو الفرس وفروسية الفارس مع عدم التساوي لان عدم السبق قد يكون مستنداً اليه
فيخل بمقصود العقد وما شبه هذه بمسئلة ارسال احدى الدابتين قبل الاخرى والذي يقتضيه
النظر اشتراط التساوي في الموقف عقد المسابقة والرماية لازم كالاجارة وقيل وهو جائز
كالجعالة وهو الاقرب فلكل منهما فسخه قبل الشروع قد سبق ان الاصح اللزوم وقوله فلكل منهما
فسخ قبل الشروع تفريع على القول بالجواز لا يقال اذا كان العقد جائزاً لم يتجه تخصيص جواز الفسخ
قبل الشروع وبعده لانا نقول حكم ما بعد الشروع وظهور الفضل مخالف لما قبله من جهة العقد
بل بسبب آخر كما سيأتي بيانه ان شاء الله تع ويبطل بموت الرامي والفرس قطعاً لان الرامي
بخصوصه مقصود في عقد الرمي كالفرس في عقد المسابقه ولو مات الفارس فللوارث القيام
على اشكال ينشأ من ان الفارس غير مقصود في المسابقة انما المقصود امتحان الفرس وحقوق الميت
ينتقل الى الوارث والاتمام حق له ومن ان المتعلم يتناول من فعل الميت وامتحان الفرس وان كان هو
المقصود الا ان الفارس مقصود تبعاً والاصح العدم فان قيل اي وجه للاشكال على القول
بجواز العقد فان المتبادر من كون الوارث له الاتمام ان حقه مع الجواز فلا حق لاحد المتعاقدين
في العقد على انا قلنا المراد ان له الاتمام بذلك العقد من غير احتياج الى عقد جديد اعم
من ان يكون ذلك على وجه اللزوم او الجواز ولو اراد احدهما الزيادة او النقصان لم يجب
اجابته سواء قلنا بجواز العقد ام بلزومه اما اذا قلنا باللزوم فظاهر لوجوب الوفاء به فان اراد ذلك
فسخاً العقد ثم عقدا غيره واما على الجواز فلان الزيادة والنقصان في العمل او المال منوط بمرضى
الاخر بل الاصل العمل منوط به وان كان بعد الشروع وظهور الفضل مثل ان يسبق بفرسه
في بعض المسافة او يصيب بسهام الكثر فللفاضل الفسخ لا المفضول على اشكال اي وان
كان الفسخ بناءً على جواز العقد بعد الشروع فان لم يظهر لاحدهما على الاخر فضل فكل الفسخ

قبل الشروع وان ظهر لاحدهما فضل على الآخر وحصلت علامات السبق فللفاضل الفسخ لانه يترك
بعض حقه واما المفضول ففي جواز فسخه اشكال ينشأ من انه لو جاز لادى الى سد باب المسابقة فانه متى
احس احد المتسابقين بغلبة صاحبه له عدل الى الفسخ ومن ان الغرض جواز العقد وقضية الجواز
التسلط على الفسخ في كل وقت ويضعف بان هذا مقتضى العقد واللزوم هنا حصل بعارض
فلا منافاة والاصح عدم الجواز وهو مترتب للتذكرة واعلم ان المص ذكر في التذكرة تفريعا على لزوم
العقد ان الفاضل يجوز له ترك العمل اذا لم يحتمل الحال ان يدركه الآخر ويسبقه معللا بانه يترك
حق نفسه ويشكل بان لزوم العقد ~~ان الفاضل يجوز له~~ انما العمل به ليس الا تمام نفس هذه ولما هو مستلزم له
وعلى اللزوم يجب البداءة بالعمل لا بتسليم السبق لظاهر انه لا خلاف في ذلك وهذا بخلاف الاجارة
فان الاجير يسلم الى الموجر بالعقد والفرق ان الامر في المسابقة مبني على الخطر والاحتمال فيتقيد بالعمل
ويجوز ضمانه والرهن به   لا يخفى ان لزوم السبق على القول بجواز عقد السبق كضمان مال الجعالة
قبل العمل وكذا الرهن به فحيث لم يجوزهما في الجعالة لم يجوزهما هنا واما على اللزوم فانه يجوز كل منهما وقد
صرح المص هنا بجواز الضمان والرهن والظاهر انه يريد بذلك البناء على اللزوم لانه في سياقه وبه
صرح في التذكرة ووجه الجواز ثبوت العوض بالعقد اللازم وحكى المص في التذكرة عن بعض الفقهاء
اشكالا حاصله ان وجوب البداءة بالعمل لا بتسليم العوض يدل على ان المال لا يستحق الا بالعمل وحينئذ
فيكون ضمانه ضمان ما لم يجب وانما جرى سبب وجوبه قال وضمان هذا ابعد من ضمان نفقة الغد فان
الظاهر استمرار النكاح والطاعة وحصول شرط السبق ضعيف ويوضحه ان السبق ليس امرا مستندا
الى اختيار المتسابقين فقد يتفق سبق احدهما وقد لا يتفق فلا يكون العوض معلوم الثبوت لعدم ثبوت
ما هو مجعول في مقابله فكيف يصح ضمانه بخلاف الاجرة التي في مقابلة المنفعة الموجودة تبعا للعين
ومن ثم تعد مالا وهذا الاشكال واضح متين   فان فسدت المعاملة بكون العوض ظهر خمرا رجع
الى اجرة مثله في جميع ركضه لانه قدر السبق وقيل يسقط المسمى لا الى بدل ولو فسد لاستحقاق العوض
وجب على الباذل مثله او قيمته ويحتمل اجرة المثل اذا فسدت المعاملة بعد المسابقة من جهة العوض
فللفساد طريقان احدهما ان يظهر كون العوض المعقود عليه مما لا يملك في شرع الاسلام كما لو ظهر خمرا
ففي استحقاق السابق على الباذل شيئا قولان احدهما لا يستحق شيئا اختاره الشيخ ونجم الدين بن سعيد
لانه لم يعمل له شيئا وفائدة عمله راجعة اليه بخلاف ما اذا عمل في الاجارة والجعالة الفاسدتين فانه يرجع الى
اجرة مثل عمله لان فائدة العمل للمستاجر والجاعل والاصح ما اختاره المص هنا وفي التذكرة وجوب اجرة المثل

لان كلا

لان كل عقد استحق المسمى في صحيحه فاذا وجد المعقود عليه في الفاسد وجب عوض المثل والعمل في
القاصد قد لا ينتفع به المالك ومع ذلك يكون مضموناً فيرجع الى اجرة المثل لجميع ركضه لا الى
القدر الذي سبق به لترتبه على جميع ركضه الثاني ان يكون سبب الفساد استحقاق العوض ومقتضى
عبارة المص ان القول بسقوط المسمى لا الى بدل غير آت هنا وهو ظاهر عبارة الشرايع ويلوح من
عبارة التذكرة عدم الفرق وهو الصواب فان الدليل في الموضعين واحد وكذا الفتوى اذا عرفت
ذلك فاعلم انه مع ظهور العوض مستحقاً هل يجب مثله ان كان مثلياً والا وقيمته نظراً الى انهما
اقرب شيء الى ما وقع التراضي عليه كالصداق اذا ظهر فساده عند بعضهم ام يجب اجرة المثل
لان العوض المسمى اذا فات وجبت قيمة العوض الآخر وهي اجرة مثله كما في ساير المعاوضات
وجهان اصحهما الثاني وكيف يجب قيمة ما حكم ببطلان كونه عوضاً ثم كيفية اعتبار اجرة المثل
ذكر فيه وجهان احدهما ان ينظر الى الزمان الذي وقعت المسابقة فيه وانه كم قدره فيعطى اجرة
المثل بناء على ان الحر اذا غصب على نفسه استحق اجرة مثل تلك المدة والثاني انه يجب ما يجري
المسابقة بمثله في مثل تلك المسافة في عرف الناس غالباً قاله في التذكرة وهذا وان كان اقرب لكن
يشكل بانتفاء العرف فيه بين الناس وما ذكره صحيح لكن انتفاء العرف لا يوجب العدول الى الفرد
الآخر الضعيف فان امكن الوقوف عليه والا اصطلحا وليس لاحدهما ان يجنب الى فرسه فرساً يحرضه
على العدو ولا يصيح به في وقت سباقه في الحديث لا جلب فالجلب هو ان يتبع الرجل فرسه
فيزجره ويجلب عليه ويصيح حثاً له على الجري والجنب بالتحريك ان يجنب فرسه الفرس الذي
يسابق عليه فاذا فتر المركوب تحول الى المجنوب فنهوا عنهما ذكره ابن الاثير في النهاية وغيره
ولو قال الآخذ من سبق فله عشرة فاتم سبق استحقها ولو جاءوا جميعاً فلا شيء لاحدهم ولو
سبق اثنان او اربعة تساووا ويحتمل ان يكون لكل واحد عشرة اي لو قال الآخذ غير المتسابقين من سبق
فله عشرة فان سبق واحد فلا بحث في استحقاقه اياها وان جاءوا جميعاً فليس فيهم سابق فلا شيء
لهم ولو سبق ما فوق واحد ففي قدر الاستحقاق وجهان احدهما واختاره الشيخ والمص توزيع العشرة
على السابقين لان من يحتمل ارادة كل فرد فرد من السابقين ومجموع من سبق اعم من ان يكون واحداً
او متعدداً ومع الاحتمال فالاصل براءة الذمة من وجوب ما زاد على عشرة فيقتسمها السابقون
والثاني استحقاق كل واحد منهم عشرة لان من للعموم فهي بمعنى كل فرد فرد ولان الحكم في جميع القضايا
الكلية انما هو على كل فرد فرد ولان من مفرد لفظاً يعود اليها الضمير مفرداً فهي بمعنى اي ولان

العوض في مقابل السبق وقد وقع من كل واحد منهم فيستحق كل منهم دينارا لا ان كل واحد منهم قد صدر
منه دخول كامل وهذا اقوى فعلى هذا لا يكون العوض معلوما حال العقد اذ لا يعرف قدر السابقين
حينئذ فيلزم عدم صحته على القول باللزوم لانا نقول هذا القدر غير قادح والا لم يصح من سبق فله
كذا على قول الشيخ ايضا لامكان استغراق المصلي فان قيل السبق هنا لكل منهم امر اضافي لانه انما يتحقق
بالنسبة الى المتخلف خاصة فلا يكون تمام السبق الا للمجموع السابقين قلنا لما كان البذل لمن يثبت له
السبق وجب استحقاق كل منهم العوض لثبوت ذلك المعنى له والا لوجب ان لا يستحق شيئا ولو قال
من سبق فله عشرة ومن صلى فله خمسة فسبق خمسة وصلى خمسة فللخمسة عشرة او لكل واحد على الاحتمال
اي فللخمسة السابقين عشرة على ما اختاره سابقا وعلى الاحتمال الذي ذكره يكون لكل واحد عشرة
وهو اقوى وللثانية خمسة او لكل واحد ويحتمل البطلان على الاول لامكان سبق تسعة فيكون
لكل واحد من السابقين درهم وتسع وللمصلي خمسة اي وللخمسة الثانية اي المصلين خمسة على ما اختاره
المص او لكل واحد منهم على الاحتمال وهنا احتمال ثالث وهو بطلان هذا البذل فان العوض لا
دون اذا جعل للاسبق والآخر لعينه لم يكن السبق مطلوبا للمتسابقين فيفوت مقصود المسابقة وهو
هنا كذلك لان لكل واحدا منهم يجوز تعدد السابقين واتحاد المصلي المقتضي لكون نصيب السابق بعده
المصلي وادون فيقل جده وحرصه في اجهاد نفسه وفرسه وغرض المسابقة الحث على السبق بالتفضيل
في الجعل على جميع الاحوال الممكنة وهذا انما هو على ما اختاره المص من تقسيم السابقين العشرة اما على ما
اخترناه من ان لكل واحد عشرة فلا مانع من الصحة ولو قال لاثنين ايكما سبق فله عشرة وايكما صلى
فله عشرة لم يصح لمنافاته مقصود المسابقة كما اشرنا اليه سابقا ولو قال ومن صلى فله خمسة صح هذا
خلاف ما ذكره من الاشكال في جواز جعل قسط للفسكل لانه اذا كان المتسابقان اثنين كان المتاخر
بمنزلة الفسكل فيكون رجوعا عن الاشكال الى الجزم والاصح انه لا يصح لانه مخالف لمقصود المسابقة
ولو قال لثلثة من سبق فله عشرة صح وجهه ان المصلي سابق بالاضافة الى المتاخر فصح بذل
العشرة لاتصافه بالسبق وقد ذكر المص ذلك هنا وفي التذكرة والتحرير ويشكل بانه لا يجوز مساواة
الاعلى والادون في الجعل لان العوض اذا كان واحدا ضعف الباعث على اجهاد الفارس نفسه
وفرسه على تحصيل السبق وفي حواشي شيخنا الشهيد احتمال البطلان وهو المتجه ولو قال من سبق
فله عشرة ومن صلى فله خمسة فسبق احد الثلثة وصلى آخر وتاخر ثالث فلا شيء للمتاخر لا كلام في صحة
هذا الفرض لان المصلي دون من قبله واعلى ممن بعده فجاز ان يجعل له قسطا دون اذا عرفت ذلك

انه قد يقال

انه قد يسأل عن كيفية البذل على القول بلزوم عقد المسابقة وان العقد جائز هل يكون بين المتسابقين
فقط او بينهما وبين الباذل ويتحقق اللزوم بالعقد والذي ينساق اليه النظر هو الثاني فيكون هو الموجب
فيتبادلان وينبغي التأمل لذلك لاني لم اظفر بشيء ههنا ويجوز ان يخرج احدهما اكثر مما يخرجه
الآخر ويختلفا فلو قال احدهما ان سبقتني فلك علي عشرة وان سبقتك فلي عليك خمسة او قفيز حنطة
جاز ومثال الاخراج احدهما اكثر ما اذا بذل واحد عشرة للآخر على تقدير سبقه والآخر خمسة ومثال
اختلافهما في جنس الاخراج اخراج احدهما عشرة والآخر قفيز حنطة ولو اخرجا عوضين وادخلا
المحلل وقالا من سبق فله العوضان فان تساووا احرز كل منهما سبقه ولا شيء للمحلل وكذا لو سبق
المحلل ولو سبق المحلل خاصة او احدهما احرزهما السابق ولو سبق احدهما والمحلل احرز السابق
مال نفسه وكان مال المسبوق بين السابق والمحلل نصفين اذا اخرج المتسابقان العوضين منهما
وادخلا بينهما المحلل وقالا من سبق فله العوضان فالاحوال سبعة آ ان ينتهوا الى الغاية على حد
سواء فيحرز كل من المتسابقين مال نفسه ولا شيء للمحلل لانتفاء السابق ب ان يسبق المخرجان
فيصلا معا سواء ويتأخر المحلل عنهما فكذلك لاستوائهما في السبق ولا شيء للمحلل لانه مسبوق ج ان
يسبق المحلل ويأتي المخرجان بعده على سواء او تفاضل فيستحق المحلل العوضين معا لسبقه لكل من
المخرجين د ان يسبق احد المخرجين وهناك صور ثلث لانه اما يأتي بعده المحلل والمخرج سواء او يكون
المحلل مصليا والآخر بعده او بالعكس وفي جميع هذه الاحوال لا يختلف الحال عندنا في ان السابق
يحرز العوضين معا لسبقه وقال بعض العامة ان المحلل اذا كان مصليا والمخرج الآخر بعده يحرز سبق
المتأخر ويبقى للسابق على مال نفسه وفي الصورتين الاخريين لا شيء للمحلل ويحرز المخرجين مال
نفسه ولا يحرز السابق مال الآخر لانه اذا كان من المتسابقين يغنم ويغرم كان قمارا وهو فاسد ه
ان سبق المحلل واحد المخرجين بان يأتيا الى الغاية على سواء ويتأخر المخرج الآخر فيحرز السابق من
المخرجين سبق نفسه ويكون مال المسبوق بين المخرج السابق والمحلل لتساويهما في سبب الاستحقاق وهو
السبق وعلى قول ذلك البعض من العامة فان المسبوق للمحلل خاصة وقد سبق رده ولا يخفى انه لا يكون
مجموع العوضين بين المحلل والسابق لان مال السابق باق على ملكه وانما يخرج عنه اذا صار مسبوقا
وهو منتف هنا اذا عرفت ذلك فهنا مباحث آ المال المخرج من كل من المتسابقين يجوز ان يطلق عليه
العوض لجريان العقد عليه والعوضان لان ما اخرجه احدهما عوض عن سبق الآخر ب انما اقتصر
المص على ذكر الصور الخمس لان الاحكام انما تختلف عندنا باعتبارها ج اذا ادخل المحلل بين المتسابقين

ينبغي ان يجري فرسه بين فرسيهما فان لم يتوسطهما وعدل الى يمين وشمال جاز وان اساء بفعله اذا تراضيا به وان لم يتراضيا على ذلكم لم يكن له العدول عن الوسط ولو اختلفا في ذلك فرضي احدهما بعدوله عن الوسط دون الآخر فقدم اختيار من يطلب التوسط دون الانحراف لانه اعدل بينهما وامنع من تنافرهما ولو رضيا باخراجه عن التوسط ودعا احدهما الى ان يكون ميتامنا والآخر الى ان يكون مياسرا لم يعمل على قول واحد منهما وجعل وسطا لانه العدل والمتعارف فهذا موضع المحلل واما المتسابقان فان اتفقا على كون احدهما عن يمين والآخر عن شمال فلا بحث والا اقرع بينهما واقر كل واحد منهما في موضع قرعته من يمين وشمال ذكره ذلك كله المص في التذكرة ولو شرط السبق باقدام معلومة كثلثة او اكثر او اقل لم يصح لعدم ضبطه وعدم وقوف الفرسين عند غاية بحيث يعرف المسافة بينهما اختار المص في التذكرة جواز هذا الشرط وحكى عن بعض الشافعية المنع ثم قال ولا وجه له ولا ريب انه ان انضبط ذلك وامكن الوقوف عليه لا مانع من صحته الرشق بفتح الراء الرمي وبالكسر عدده الذي في القاموس والصحاح ان الرشق بالفتح المصدر وبالكسر الاسم وفي النهاية لابن الاثير ان الرشق بالكسر هو الوجه من الرمي واذا رمى القوم كلهم دفعة واحدة قالوا رمينا رشقا والرشق ايضا ان يرمي الرامي بالسهام كلها وفي التذكرة انه بالكسر عدد الرمي الذي يتفقان عليه واهل اللغة يقولون هو عبارة عما بين العشرين الى الثلثين ويسمى ايضا الوجه والعتاق السهم هو ان يزيد في مد القوس لفضل قوته حتى يستغرق السهم فيخرج من جانب الوتر المعهود الى الجانب الآخر واعلم ان السهم يوصف باوصاف آ الحابي قال المص في التذكرة وقد اختلف فيه فقيل ان ابا حامد الاسفرايني وهو هنا حيث جعل الحابي صنفا من صفات السهم وسماه حوابي باثبات الياء وفسر بانه السهم الواقع دون الهدف ثم يحبو اليه حتى يصل اليه ماخوذا من حبو الصبي وهو نوع من الرمي المزدلف يفترقان في الاسم لان المزدلف احد والحابي اضعف ويستويان في الحكم ثم حكى عن قوم ان الحواب باسقاط الياء نوع من الرمي وهو ثالث المحاطة والمبادرة والمراد به ان يحتسب بالاصابة[2] وهو المزدلف وفسر المزدلف في التحرير بانه الذي يضرب الارض ثم يثب الى الغرض وهو التفسير الاول بـ الخاصر ويسمى ايضا جايرا في التذكرة يقال اجار بالسهم اذا سقط وراء الهدف وعد من الخطا لانه منسوب الى سوء الرمي ح الخاصل في التذكرة وهو يطلق على القارع وهو ما اصاب الشن ولم يؤثر فيه وعلى الخارق وهو ما اثر ولم يثبت وعلى الخاسق وهو ما ثبت ولم يذكر اطلاقه على المارق وعلى تعريفه بانه ا

2 ويقع بين يدي الغرض ثم يثب اليه قاله
في الصحاح قال والتي تقع وتمضي
الى الغرض وتسقط الانثى يسمى

المصيب

المصيب كيف كان يجب ان يطلق عليه وفي التحرير ان الخارق يطلق على الخاسق ايضاً د الخازم وفسر
في التحرير بانه الذي يصيب طرف القرطاس فلا يثقبه ولكن يخرق الطرف ويخرمه ه الطامح وله
تاويلان احدهما انه الذي قارب الاصابة ولم يصب ويكون مخطياً والثاني انه الواقع بين الشن و
الهدف فيكون مخطياً ان شرطت الاصابة في الشن ومصيباً ان شرطت في الهدف وفي التحرير واما الطامح و
الناهز فهو الذي يشخص عن كبد القوس ذاهباً الى السماء والعاضد وهو الواقع من احد الجانبين
فيكون كالجاير على احد التاويلين ز الطايش اسم الذي لا يعرف مكان وقوعه والطايش
محسوب عليه في النضال ح الغاير وهو السهم المصيب الذي لا يعرف راميه ولا يحتسب به لواحد
من الراميين للجهل به ط الخاطف وهو المرتفع في الهوا يخطف نازلاً فان اخطا به كان محسوباً
عليه لانه من سوء رميه وان اصاب به ففي الاحتساب به وجهان نظراً الى حصول الاصابة و
تاثير الرمي في ارتفاع الرمي السهم واما سقوطه فلثقله فيكون مصيباً بغير فعله فعلى هذا هل
يحتسب من الخطا وجهان ايضاً نظراً الى انه لا واسطة فاذا لم يكن مصيباً عد مخطياً وان الاصابة
قد حصلت واسوا الاحوال ان يكون وجودها كعدمها وفصل في التذكرة بانه ان نزل بعد
ارتفاعه فاتر الحدة لا يقطع مسافة احتسب خاطياً وان نزل في بقية حدته احتسب له صائباً
لان الرمي في الفتور منقطع بالحدة مندفع وزاد في التحرير اصنافاً آ الصادر وجمعه صوادر
هو الذي اصاب الغرض ونفذ فيه ومضى ولم يوثر الثاني الناهز وهو الذي يشخص عن كبد القوس
ذاهباً الى السماء الثالث المطقطق وهو الذي يميل يميناً وشمالاً الرابع الزاهق وهو الذي يجاوز
الغرض من غير اصابة الخامس الحابص وهو الذي يقع بين يدي الرامي السادس الدابر وهو الذي يخرج
من الهدف وهو المارق ايضاً السابع المرتدع وهو الذي اصاب الهدف وينضخ عوده وينكسر والمبادرة
هي ان يبادر احدهما الى الاصابة مع التساوي في الرشق والمحاطة هي اسقاط ما تساويا فيه من الاصابة
لا يخفى فساد ما ذكره من تعريفهما لان المبادرة على ما ذكره صادقة مع اشتراط المحاطة في العقد
فان من بدر من المتسابقين حينئذ صدق تعريف المبادرة بالنسبة اليه وكذا القول في تعريف
المحاطة صادق مع اشتراط المبادرة اذا تحققت الاصابة من الجانبين ومع ذلك فالغرض من
بيان معنى اللفظين غير حاصل بذلك والصحيح ما ذكره في التذكرة فانه قال في تعريف المبادرة هي
ان يشترط الاستحقاق لمن بدر الى اصابة خمسة من عشرين فاذا رميا عشرين فاصاب احدهما خمسة
والآخر اربعة فالاول فاضل ولو رميا احدهما عشرين فاصاب خمسة ورمى الآخر تسعة عشر فاصاب اربعة

لم يكن الاول ناضلاً حتى يرمي الثاني سهماً فان اصاب فقد استويا والا كان ناضلاً وكان
عليه ان يزيد فيه مع التساوي في الرشق فظهر من هذا انه متى تحققت اصابة العدد المشروط من
واحد خاصة مع الاستواء في الرشق وان كان دون مجموع العدد المشترط في العقد تحقق كونه ناضلاً
ولم يجب الاكمال وقال في تعريف المحاطة هي ان يشترط الاستحقاق لمن خلص له من الاصابة عدد
معلوم بعد مقابلة اصابات احدهما باصابات الآخر وطرح ما يشتركان فيه فاذا شرطا عشرين
رشقاً وخلوص خمس اصابات من عشرين فاصاب احدهما عشراً والآخر خمساً فالاول هو السابق
وان اصاب كل واحد منهما خمساً او عشراً فلا سبق هنا وكان عليه ان يزيد فيه مع اكمال العدد
كله فانه ليس المراد الخلوص كيف كان بل بعد اكمال جميع العدد المشترط   العلم بعدد الرشق
وهو شرط في المحاطة قطعاً وفي المبادرة على اشكال اما اشتراطه في المحاطة فظاهر لان
المراد خلوص اصابة كذا بعد مقابلة الاصابات من الجانبين من عدد يجب اكماله فلا بد من تعيينه
والا لافضى الى الجهالة والتنازع واما في المبادرة فمنشأ الاشكال من ان الاستحقاق متعلق بالبدار
الى اصابة العدد المعين حيث اتفق ولا يجب اكمال العدد المشروط فلا حاجة الى تعيينه ولاصالة
البراءة من الاشتراط واختاره الشارح الفاضل ومن انه لولا ذلك لكان اذا لم يتفق الاصابة
المشترطة لهما ولا لاحدهما لا يكون لهما غاية يقفان عندها فربما طلب احدهما الرمي ليتفق
العقد وامتنع الآخر فيحصل التنازع والتجاذب على وجه لا سبيل الى قطعه اذ لو لم يمتنع
بالاجابة امكن ان يستمر عدم الاصابة الى غير النهاية وبالاشتراط افتى الشيخ في المبسوط
وابن ادريس وابن سعيد والتحقيق ان يقال لا وجه لهذا الاشكال على تقدير لزوم العقد
بل لا بد من الاشتراط دفعاً للغرر والجهالة وحسماً لمادة التنازع وكذا على القول بالجواز لانه
بدون التعيين متى ظهرت علامات الفضل لاحد الراميين لا يجوز للمفضول الفسخ فلا بد من غاية
معينة يقفان عندها ليكون حاسمة لمادة النزاع   ولو شرط الخواسق والحوابي معاً صح اي
شرط الجمع بين الوصفين في اصابة عدداً معيناً بحسبه ثلث منها خواسق مثلاً والباقي حوابي ولا
شك في جوازه الا انه لا وجه لافراد هذين الوصفين اذ جميع اوصاف الرمي كذلك ولعله يريد
به الجمع بينهما في سهم واحد وهو صحيح ايضاً اذ لا منافاة بين السهم خابياً وخاسقاً   ولو اطلقا
فالاقرب حمله على الخواصل   وجه القرب ان ذلك هو القدر المشترك بين الجميع فهو المطلق معنى
فيحمل الاطلاق لفظاً عليه اذ الاصل البراءة من وجوب التعيين ولان اسم الاصابة واقع على

الجميع

الجميع فيكفي اشتراطه ويحتمل اشتراط وجوب التعيين ولان اسم الاصابة واقع على الجميع فيكفي اشتراطه
ويحتمل وجوب التعيين لان اخلاء العقد عن التعيين اعم من الاطلاق وعدمه ولا دلالة للعام على
الخاص باحدى الدلالات واختاره الشيخ في المبسوط والمص في التحرير واختار في التذكرة الاول
وهو اقوى وليس العقد خاليا عن التعيين لان اشتراط الاصابة في قوة اشتراط للمطلق وللعدد
هنا تساويهما الى قوله لا له ولا عليه لم يصح وجهه في جميع المسائل عدم التماثل الذي هو
مناط الصحة لان الغرض استناد اصابة المصيب منهما الى حذقه لا بسبب آخر من زيادة رشق او
قرب موقف والمراد من كونه لا له ولا عليه في قوله او يحط احدهما واحدا من خطائه لا له ولا
عليه اسقاطه بحيث لا يكون محسوبا من الرمي فيرمي بدله   العلم بقدر الغرض اما بالمشاهدة
او بالتقدير لاختلافه في السعة والضيق وشرط في التذكرة ايضا العلم بموضعه من الهدف
وهو تراب يجمع او حائط يبنى لينصب فيه الغرض والغرض جلد او شن وهو الجلد البالي وقرطاس
يدور عليه شنبر وقيل ما ينصب في الهدف يقال له القرطاس سواء كان من كاغذ او غيره وما يعلق
في الهواء فهو الغرض والرقعة عظم ونحوه في وسط الغرض وقد يجعل في الشن نقش كالهلال يقال
له الدارة وفي وسطها نقش يقال له الخاتم وشرط في التذكرة شرطا آخر وهو معرفة قدر الدارة
من الغرض ان شرطت الاصابة فيها   تماثل جنس الآلة لا تشخصها ولا يفتقر السهم والقوس ما لم
يتعين اما تماثل جنس الآلة فانه معتبر في نحو السهام والمزاريق فلا يجوز اشتراط رمي واحد
بالسهام وآخر بالمزاريق ونحو ذلك واستشكل الحكم في التذكرة واما بالنسبة الى القوس فان
التماثل شرط مع اطلاق العقد على الرمي فلو اراد احدهما الرمي بقوس عربية وآخر بقوس
عجمية لم يكن لهما ذلك ولو شرطا ذلك في العقد جاز كذا ذكره المص في التحرير وفي التذكرة انه ان
كان هناك عرف بجنس معين من القوسين حمل الاطلاق عليه والا كانا بالخيار فيما اتفقا عليه
من القوسين اذا كانا فيهما متساويين والا قيل لهما ان اتفقتما والا فسخ العقد بينكما وكلامه
هنا مخالف لما في التذكرة والتحرير معا لان اطلاقه اشتراط تماثل جنس الآلة وحكمه بفساد العقد
مع الاختلاف عاده كالصريح في المخالفة اما تعيين شخص الآلة فقد اطبقوا على عدم اشتراطه
بل لو عينه لم يتعين وجاز الابدال ويفسد الشرط لانه قد تعرض له احوال خفية تحوج الى
الابدال وفي المنع منه تضييق لا فائدة فيه فكان كتعيين المكيال في السلم ولا يخفى ان
بين القوس والسهم وبين المكيال فرقا بينا وتعلق الغرض بشخص الآلة امر واضح فانه

ربما كان للسهم والقوس مدخل في الاصابة بخلاف المكتل فانه لا غرض متعلق به بل الغرض
متعلق بحصول الكيل على الوجه الصحيح   ولو لم يعين الجنس انصرف الى الاغلب في العادة فان اختلفت
فسد اما الحمل على العادة مع استقرارها فظاهر لانه جار مجرى التقييد لفظا واما الفساد مع الاختلاف
فلانه لولاه لادى الى التنازع والتجاذب فيفوت غرض المسابقة   وفي الحيوان يعتبر تعيين الحيوان
لا الراكب لان الغرض هناك معرفة عدو الفرس لا حذق الراكب   اي وفي مسابقة الحيوان
يعتبر تعيين الحيوان ولا يخفى ان ما ذكر من التعليل غير واضح لان حذق الراكب وفعل الفروسية
امر مطلوب ومدخليته في الحرب امر لا يدفع واختلاف الفرسان باعتبار الفروسية في اظهار الكمال
في العدو مع اتحاد الفرس امر ظاهر ثم في الجمع بين هذا وبين ما ذكر من الاشكال في ان الوارث
له الاتمام لو مات الفارس نظر فانه ان ثبت جواز ابدال الراكب مع اشتراط تعيينه وقلنا بلزوم
العقد او بجوازه وقد ظهر وفضل الميت ينبغي الجزم بان للوارث الاتمام وكذا الكلام في قوله او لا يركب
الا هذا الراكب فسد الشرط وقد وقع التصريح بذلك في عبارات القوم قال في التذكرة في مسئلة اشتراط
تساوي المتسابقين في عدد السباق فلو شرطا ان يرتميا موقف احدهما او يتقدم غايته لم يجز لانه مناف
للغرض اذ المقصود من المسابقة معرفة فروسية الفارس وجودة سير الفرس وانما يعرف ذلك
مع تساوي المبدا والمنتهى بينهما وهذا تصريح بما قلناه   ويصح المناضلة على التباعد كما يصح على الاصابة
فلا يعتبر شرط الاصابة ووجهه ان البعد في الرمي وزيادة ذهاب السهم امر مطلوب كالاصابة
وذلك لانه يفيد في مقابلة العدو ومن بعد امر هاب وكذا ايقاع السهام في القلاع وحيث كان
مقصودا براسه لم يشترط الاصابة والقول بجواز ذلك مذهب التذكرة واشترط تساوي القوسين
في الشدة ومراعاة خفة السهم ورزانته لان لهما تاثيرا عظيما في ذلك واعلم ان التعليل المذكور يشعر
بجواز المناضلة على التباعد الى جهة فوق للاحتياج اليه بينما اذا كان العدو فوق   على امكان
الاصابة المشروط المراد بامكان الاصابة كونها ممكنة بحسب العادة متوقعا حصولها   لا امتناعها
كما لو شرط الاصابة من خمسماية ذراع او اصابة ماية على التوالي المراد عدم امتناعها بمجرى العادة
فان ذلك اشتراط الممتنع مخل بمقصود المتناضلين من بذل المال لان الغرض المناضلة طمعا لتحصيل
ومع عدم الامكان لا يتاتى ذلك وذلك كما لو شرطا الاصابة من خمسماية ذراع او اصابة ماية على التوالي
ولا وجه لها كاصابة الحاذق واحدا من ماية كما لا يجوز اشتراط الممتنع عادة كذا لا يجوز اشتراط
محقق الوقوع في العادة لمنافاته الغرض من حصول الحذق في الرمي كاصابة الحاذق واحدا من ماية

على هيئة الحاصل كما صرح به في التذكرة ولا يخفى ان المتبادر من قوله امكان الاصابة المشروطة
لا امتناعها ولا وجوبها فانه لا يشترط الامتناع ولا الوجوب لانه في سياق الشروط والامر سهل
لان المطلوب معلوم لانه لا يخفى ان المراد اشتراط امكان الاصابة لصحة العقد فلا يصح اشتراط
الممتنع ولا الواجب   والوجه صحة الاجير لفائدة التعليم الذي تقتضيه العبارة كون الاجير
هو الواجب عادة اصابة الحاذق واحدا من مائة والذي يدل عليه التعليل خلاف ذلك فان
فائدة التعليم لا تترتب على هذا ولعله يريد ان الاجير هو الواجب عادة اصابة الحاذق واحدا من مائة
والذي يدل عليه التعليل خلاف ذلك فان فائدة التعليم من الامرين الذين مثل بهما للممتنع وكيف
كان فالعبارة لا تخلو من شيء ووجه ما اختاره المص ما اشار اليه من ان الغرض فائدة التعليم
ولا ريب ان التوجه الى الاتيان بالامر الذي يندر وقوعه في العادة يكسب حذقا واستعداد
وربما اتفق حصوله فانه غير ممتنع بخلاف الاصابة من خمسمائة ذراع وما فوقه ويحتمل العدم
لا طلاق تعدم الجواز وعدم حصول الغرض منه وفي الاول قوة   والمنادي الاقرب
صحته كبعد اربعمائة ووجه القرب التمسك بعموم اوفوا بالعقود وامكان تحصيل المقصود ولان
غرض التحذق في الرمي يحصل بطريق اقوى لان الرامي والاجتهاد فيه باشتراط المال فيهما
فاذا كان المشروط بعيد الحصول ترغبت النفوس به والاول اقوى لان اشتراط مثل هذا
ادخل في حصول الحذق وقد نقل انه ما اصاب من زيادة ثلاثمائة ذراع الا عقبة بن عامر الجهني
ذكره المص في التذكرة   ولا يشترط تعيين المبتدي بالرمي بل يقرع ثم لا ينسحب في كل الرشق
التناضل مخالف للتسابق فان المتسابقين بالخيل وشبهها يجريان معا ليعرف السابق
منهما اذ لا يعرف بدونه واما التناضل فلا بد فيه من الترتب حذرا من اشتباه الحال بين المصيب
والمخطئ الا ان يعرف بتعليم النشاب بما يميز كل واحد عن صاحبه كذا قال في التذكرة ولا يندفع
به الاشتباه فانا هذه بما لو مرقت من الغرض مثلا ووقعت مع التي لم تصب اشتبه الحال وحينئذ
فيجب ما يعين المبتدي بالرمي وكيفيته هل يترامياه سهما سهما او ازيد ويستخرج المبتدي
بالقرعة ثم لا ينسحب الحكم بالقرعة في كل الرشق بل من خرجت القرعة يبتدي في كل رشق ووجه
عدم اشتراط تعيين المبتدي والاكتفاء بالقرعة ان الشارع جعلها في كل امر مشكل ولا
يقال ان الاخلال بتعيين المبتدي في العقد يقتضي وقوعه على الغرر والجهالة لان الاغراض
يتعلق بالبداءة والسابق يتنافسون في ذلك تنافسا ظاهرا والحكمة مقصودة عند العقلاء فانّ

المبتدي يجد العرض خالياً من الخلل وهو على ابتداء النشاط فيكون اصابته اقرب لانا نقول هذا اذا
لم يكن الى التعيين طريق اما معه فلا حيث ان تعيين المبتدي ليس من الامور المعدودة من ركان
العقد كعدد الاصابة فيكتفي فيه بالرشق وينبغي ان يتقيد قول المص ثم لا يستحب في كمال الرشق
بما اذا اخرجت الرشق المبتدأ في كل رشق والا لجة الاستحباب وقد ذكره المص في التذكرة احتمالاً
بل ذكر احتمالين اذا اخلا بتعيين المبتدي احدهما البطلان والآخر الاكتفاء بالقرعة ولم يرجح واحداً
ولا ذكر المبادرة ولا المحاطة اي لا يشترط في صحة ان يذكر كون الاصابة مبادرة او محاطة وقد
سبق تفسيرهما عملا باصالة عدم الاشتراط وانتفاء الدليل الدال عليه ولا جهالة لان الاطلاق
منزل على احدهما وهذا احدى القولين والآخر اشتراط تعيين احدهما حذراً من التنازع والتجاذب فان
الاغراض تختلف باعتبارهما اختلافاً ظاهراً فانه ربما كان الرامي باعتبار المبادرة تأملاً ثم تصيب
بمقتضى المحاطة متفضلاً او بالعكس والاصح الاول فحينئذ ينزل الاطلاق العقد على المحاطة ام المبادرة
قيل بالثاني لان المتبادر من اشتراط السبق لمن اصاب عدداً معيناً استحقاقه اياه متى ثبت له ذلك
الوصف ولان الغالب في المبادرة هو المبادرة وقيل بالاول وهو الاصح لان اشتراط السبق
انما يكون الاصابة معينة من اصل العدد المشترط في العقد وذلك يقتضي كمال العدد كله لتكون
الاصابة المعينة منه فانهما اذا عقدا على ان من اصاب خمسة من عشرين كان له كذا كان مقتضاه رمي كل
منهما العشرين والا لم يتحقق كون الخمسة التي حصلت الاصابة بها من العشرين وذلك هو معنى المحاطة
اذ المراد بها خلوص اصابة الخمسة من رمي العشرين لواحد والى هذا اشار المص بقوله ولا يحمل المطلق
على المبادرة لانه اذا لم يشترط التعيين ولم يحمل المطلق على المبادرة تعين ان يحمل على المحاطة الا   نشاء
قسم ثالث   اقسام المناضلة ثلثة   اراد بالاقسام الثلثة المبادرة والمناضلة والمحاطة
وفي جعل الاقسام ثلثة نظر لان المناضلة هي المحاطة وليس ثم الا الاختلاف في التسمية فانه لابد
في كل منهما من مقابلة الاصابات وخلوص العدد المشترط اصابته لاحدهما مع اكمال ما لا ينتفي
الغاية مع اكماله على ما سيأتي بيانه ان شاء الله تع وقد صرح المص بنحو ذلك في التحرير فانه قال
ولو قال ايّنا فضل صاحبه بثلث من عشرين فهو سابق فهو محاطة ويسمى ايضاً مفاضلة وفي
التذكرة لم يذكر المناضلة مع المحاطة والمبادرة نعم حكى عن بعضهم ان الاقسام ثلثة المبادرة والمحاطة و
والحوابي وهي ان يرميا على ان يسقط الاقرب والاشد الابعد وكيف كان فكلامه هنا لا يخلو
من شيء   مثل من سبق الى اصابة خمس من عشرين ولو اصاب عشراً من عشرين احدهما ورمى الثالثة عشر ايلوا من

احدهما

احدهما عشرا والآخر الجميع وعشرهما اثني عشر الى قوله بدون العاشر اشار بقوله مثل الى بيان
صيغة المبادرة وذكر صوراً ثلثا ومتى استويا في الرشق مع تحقق الاصابة لم يجب الاكمال سواء اصابا
احدهما او كلاهما او لا وجب فان اصابها الثاني خاصة لزمهما الرابعة عشر وهكذا لانه اذا
انفرد الثاني باصابتها رجي له ان لا ينفصل الاول لامكان اصابة السبع الباقية فاذا رميا الرابعة
فاصاباها او اخطآها او اصابها الاول خاصة فلا اكمال لانتفاء الفائدة فان الاول قد فضل
وان اصابها الثاني خاصة وجب رمي الخامسة عشر وهكذا الى العشرين ولو رميا ثماني عشر
فاصاباها او اخطآها او تساويا في الاصابة فيها لم يجب الاكمال اذا كانت الصورة المذكورة بحا لها
وهو ان يشترطا المفضل بثلث من عشرين فاذا رميا ثماني عشر فاصاباها فقد حصل البيان
من فضل احدهما صاحبه وكذا اذا اخطآها او اصابا بعضها وتساويا في ذلك لان اقصى ما هناك
ان يتفرد احدهما باصابتها وذلك لا يقتضي الفضل فلا فائدة في الاكمال ولو لم يكن في الاكمال
فائدة من رجحان او مساواة او منع عن التفرد بالاصابة بان يتقدم احد لم يجب الاكمال كما لو اصاب
احدهما خمسة عشر ومنها الآخر خمسة اي لو لم يكن في اكمال العدد المشترط فائدة لم يجب الاكمال
في المحاطة اما معها فيجب ويتصور الفائدة بان يستفيد المسبوق بالاكمال الرجحان كما لو رميا
اثني عشر فاصابها احدهما واصاب الآخر منها تسعة فان المسبوق يجوز تفرده باصابة جميع ما بقي
فيصير هو السابق او يستفيد المساواة كما لو رميا سبعة عشر فاصابها احدهما واصاب الآخر اربعة
عشر فانه يجوز ان يتفرد باصابة الثلثة الباقية فيستويان او يستفيد منع السابق عن التفرد
بالاصابة مع عدم المساواة كان يرميا خمسة عشر فيصيبها احدهما ويصيب الآخر منها ستة فانه
يجوز ان ينفرد المسبوق باصابة الخمسة الباقية فيقصر عدد اصابة الاول عن الخمسة بواحد
وقوله كما لو اصاب احدهما الخ مثال ما اذا انتفت الاصابة الفائدة اصلاً وبيان انتفائها
ان اقصى ما هناك اصابة المسبوق ما بقي دون السابق فيبقى للسابق بعد المحاطة اصابة خمسة
ولو اصاب الاول اربعة عشر وجب الاكمال ما لم تنتف الفائدة قبله اي في المثال السابق
لو اصاب الاول اربعة عشر والمراد به الذي فرض انه اصاب خمسة عشر والآخر خمسة وجب الاكمال
لامكان اصابة الآخر الستة الباقية واخطاء الاول اياها ما لم تنتف الفائدة قبل الاكمال وتحقق
انتفائها حيث يكون فرض اصابة الآخر ما بقي واخطاء الاول اياه لا يقتضي نقصان ما يبقى له
بعد المحاطة عن خمسة ولو شرطا فضل الخاسق باصابتين جاز اي باصابتين دون الخسق

وجه الجواز لان الخاسق يشتمل على الاصابة والثبوت فجاز ان يجعل تلك الزيادة قايمة مقام
اصابة اخرى   ويجوز عقد النضال بين حزبين كما يجوز بين اثنين ويكون كل من الحزبين بمنزلة
رام واحد ويدل على الجواز ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بحزبين من الانصار يتناضلون فقال انا مع الحزب
الذي فيه ابن الادرع فاقرهم على ذلك ولان المقصود التحريض على الاستعداد للجهاد وهو في
الاحزاب اشد تحريضا واكثر اجتهادا اذا عرفت ذلك فالمراد من تناضل الحزبين دخول جماعتين
في النضال يتقدم كل جماعة واحد منهم فيعقد النضال على جميعهم ويكون كل حزب فيما يتفق لهم من
الاصابة والخطا كالشخص الواحد   ولا يشترط تساوي الحزبين عددا بل تساوي الرميات
فيرامي واحد ثلثه بان يرمي هو ثلثه وكل واحد واحدا هذا احد الوجهين ووجهه ان الحزب
بمنزلة الشخص الواحد فجاز ان يقابل به الواحد واصحهما واختاره في التذكرة اشتراط تساويهما
عددا لان التكافؤ شرط بينهما اذا كانت الاصابة مستندة الى كثرة العدد   فان انعقد النضال على
على ان يتناضلوا حزبين اعتبر قبل المنع لان التعيين شرط والجواز فينصب لكل حزب رئيس
يختار واحدا من الجماعة والاخر اخر في مقابلة الاول ثم يختار الاول ثانيا والثاني ثانيا في
مقابلة ثاني الاول وهكذا الى ان ينتهيا على الجماعة حيث انه يجوز عقد النضال بين حزبين
لكل حزب فهل يشترط تعيين رماة كل حزب منهما قبل العقد باتفاق ومرضاة فيعرف
كل واحد من الرئيسين من يرمي معه بان يكون حاضرا يراه او غايبا يعرفه ام يجوز ان يعتمد
الزعيمان عليهم ليقترعوا على من يكون في كل حزب فيه وجهان اصحهما الاول لان تعيين الرماة
شرط في العقد فانه مراد لذاته ولانه ربما اخرجت القرعة الحذاق لاحد الحزبين والضعفاء للحزب
الاخر فيخرج عن مقصود التناضل وهو مختار المصنف في التذكرة واختار في التحرير الثاني اذا عرفت
ذلك فحيث شرطنا تعيينهم قبل العقد فلا بد ان ينصب لكل حزب رئيس ليتوسط بينهم في العقد
فلا يكفي في الحزبين رئيس واحد ولا بد ان يكون مطاعا بينهم وينبغي ان يكون مقدما عليهم في
الرمي لان مقتضى الزعيم في العرف ان يكون متقدما في الصناعة مطاعا في الجماعة فيختار بعض
كل منهما من يكون معه اما بالاشارة ان حضروا ان لم يعرفوا واما باسمائهم اذا عرفوا فيختار
احد الزعيمين واحدا من الجماعة والاخر اخر في مقابلته ثم يختار الاول ثانيا والثاني ثانيا
في مقابلة ثاني الاول ثم يعود الاول ويختار ثالثا وكذا وهكذا الى اخر الجماعة وليس لاحدهما
ان يختار الثلثة مثلا في حالة واحدة لانه لا يختار الا الاحذق فيجتمع الحذاق في الحزب والضعفاء

في حزب

في حزب فيفوت مقصود التناضل ولهذا نزعوا في المتقدم في الاخبار عدلوا الى القرعة
ولا محذور هنا لانها قرعة في الاختيار قبل العقد وليست قرعة فيه الى هذا اشار المص
بقوله ولا يشترط القرعة وان لم صريحاً في المراد لان القرعة حيث يقع التنازع لا مع الاتفاق
على اختيار واحد ولا يمكن ان يريد بها القرعة بعد العقد لانه لا اختيار هنا وانما يقع
التعيين بالقرعة وارجع الى عبارة الكتاب والخلاف فيها من الابهام فان المتبادر من سياق
الكلام ان احتمال المنع جار في التناضل حزبين وليس بمراد ولا صحيح لان التناضل بين حزبين
جائز وانما التنازع في جواز العقد قبل التعيين نعم بعد تأمل الدليل الذي ذكره وتحصيل
مدعى ينطبق عليه يفهم المراد ثم المتبادر من قوله فينصب لكل حزب رئيس ع تفريعه على احتمال
جواز العقد بين حزبين من غير تعيين وهو فاسد لان هذا انما يكون اذا قلنا بالمنع واشترطنا
التعيين قبل العقد اما على الجواز فان التعيين بعد العقد لا يكون بفعلهما بل بالقرعة فان
شرط الزعيم السبق على نفسه لم يلزم حزبه شيء والا كان عليهم بالسوية من اصاب ومن لم يصب
ويحتمل القسمة على قدر الاصابة فيمنع من لم يصب السبق فرعاً للفضل بين حزبين اما ان
يكون من اجنبي او من الزعيم خاصة او من احدى الحزبين فقط او من كلاهما ولا بحث في الصحة على كل
التقديرات لكن اذا اخرجه احد الحزبين او كلاهما لم يستووا قسطاً للمتعاهدين الجماعة يشتركون
في التزامه بالسوية على عددهم من غير تفاضل به لانتفاء المرجح عند اطلاق العقد ويحتمل
توزيع الغنم على قدر الخطأ على نحو توزيع القسمة على قدر الاصابة وان سموا قسطاً لكل واحد
منهم وتساووا فلا بحث وان تفاضلوا فوجهان اصحهما الجواز لانه شرط صدر باختيارهم
ولا مانع منه فانه يجوز ان يلتزم المال كله واحد منهم او اجنبي واضعفهما العدم لاستوائهم في
العقد فوجب ان يتساووا في التزام العوض وليس بشيء ولم يتعرض المص الى هذا القسم اذا
المتبادر من قوله والا كان عليهم بالسوية اذا لم يشرط الزعيم السبق على نفسه كان بمقتضى الاطلاق في
عليهم بالسوية وان كان مدلول العبارة اعم من التعيين وعدمه اذ لا يمكن ان يريد انه مع التعيين
بالتفاوت يكون عليهم بالسوية وقوله ويكون الآخر بالسوية من اصاب ومن لم يصب ع معناه
ويكون الحزب الآخر وهو المصيب بالسوية في قسمة السبق من اصاب ومن لم يصب لاشتراكهم
في العقد على وجه صاروا بمنزلة الشخص الواحد فيأخذوا بالسوية كما ان المغلوبين يعطون
بالسوية ويحتمل القسمة على عدد الاصابات فيكون لمن كثرت اصابته اكثر ويمنع من لم يصب لانهم

بالاصابة قد استحق فلا يستوي قليل الاصابة وكثيرها ويضعف بان الحزب بمنزلة الشخص
الواحد فاذا شرط المال للحزب الناضل كان مقتضى الاشتراط الاستواء فيه نعم لو شرطت
القسمة على قدر الاصابة اتبع الشرط وكذا لو شرط عدم غنم المصيب من الحزب المنضول او
توزيعه على قدر الخطا لانه شرط لا ينافي مقتضى العقد ولا يخفى في قوله ويكون الآخر بالسوية
من اللبس والخفاء اذ لا يعرف بالمراد بالآخر فان الزعيم في قوله فان شرط الزعيم قد يراد به
احدهما وقد يراد كل منهما لان الشرط قد يكون من واحد من الحزبين وقد يكون منهما وقد يكون
من واحد من الزعيمين وقد يكون منهما ولا يكون لقوله ويكون الآخر بالسوية الا على تقدير ان يكون
الشرط من احدى الزعيمين فقط او احد الحزبين فقط نعم يمكن الاعتذار بالعبارة فيقال والمال
عليهم بالسوية انما يكون ذلك فيما صاروا ناضلين ومنضولين فيما ذكره ويكون الآخر الحزب الناضلون
ويشترط قسمة الرشق بين الحزبين بغير كسر فيجب ان كانوا ثلثة الثلث وان كانوا اربعة الربع
اي يشترط لصحة النضال بين الحزبين ان يكون الرشق وهو عدد الرمي المشترط بينهما بحيث ينقسم
عليهم بغير كسر فاذا كان الحزب ثلثة وجب ان يكون للعدد ثلث صحيح وان كانوا اربعة وجب ان
يكون ربع صحيح فلا يجوز اشتراط نحو الاربعة والحزب ثلثة لان السهم لا يقبل القسمة ولا يتعين
محله مع الاطلاق ولو شرط لبعضهم لم يصح عندنا لوجوب استوائهم في عدد الرمي بحيث يحصل
التكافؤ واعلم ان المراد من قوله ويشترط قسمة الرشق بين الحزبين الخ اشتراط انقسام الرشق
بغير كسر في صحة العقد فاطلق القسمة واراد الانقسام ولو كان في احدى الحزبين من لا يحسن
الرمي بطل العقد وفي مقابله ويتخير كل من الحزبين لتبعض الصفقة اي لو دخل احدى
الزعيمين في احدى الحزبين من لا يحسن الرمي اصلا لعدم الرمي لعلم بحاله كما لو حضر غريبا لا يعرفه
فاخذه احدى الزعيمين في حزبه يظن انه يحسن الرمي فظهر خلافه بطل العقد فيه لانه معقود
عليه في عمل معدوم منه لا يمكن صدوره عنه فكان بمنزلة من استوجر للكتابة وهو لا يحسنها
فان الاجارة باطلة فاذا بطل العقد فيه وجب ان يبطل في مقابله من الحزب الآخر لان العقد انما
جرى عليه لكونه مقابله وحينئذ لكل يتخير من الحزبين في فسخ العقد على القول بالرجوع لتبعض
الصفقة ولو ظهر قليل الاصابة فقال الحزب ظنناه كثير الاصابة فقال الحزب الآخر ظنناه
قليل الاصابة لم يسمع اي لو ظهر الشخص الذي دخله احدى الزعيمين في حزبه يحسن الرمي لكنه
قليل الاصابة فلا فسخ لاصحابه وليس لهم طلب البدل وان قالوا ظنناه كثير الاصابة بل صوابه

وخطاه

وخطاءه لحزبه وهو بمنزلة من عدمن كما انه لو ظهر كثير الاصابة اجود رميًا لم يكن للحزب الآخر
الفسخ ولا طلب البدل وذلك لان العقد قد يجري عليه صحيحًا مستوفيًا شروطه فكان لاحدهم في
لزومه او جوازه   ولو قال المسبوق اطرح فضلك واعطيك دينارًا لم يجز لانه مفوت للغرض
من المناضلة ومخالف لوضعها   واذا شرط الخاصل وهي الاصابة المطلقة اعتد بها كيف ما
وجدت بشرط الاصابة بالنصل فلو اصاب بعرضه او بفوقه لم يعتد به لانه من سيئ الخطاء
لا ريب ان الخاصل هو المصيب للغرض كيف ما اتفق سواء خدش او خسق او خرق لكن
يشترط لكونه مصيبًا ان يقع اصابة الغرض بالنصل وقد اختلف فيما يسمى نصلًا فقيل انه اسم
للحديد فهو من سيئ الخطاء ان اصاب بفوق السهم وهو الحز الذي يدخل فيه الوتر وبه
عليه القدح وقيل ان القدح اسم لجميع الخشبة المريشة والاصح انه كذلك لانه منسوب الى سوء
رميه المسمى نجاء وقيل انه اسم لطرف الخشبة الذي يوضع فيه المدخ من الحديد فلو اصاب بعرض
السهم احتسب مخطيا لانه منسوب الى سوء رميه   ولو اطارت الريح الغرض فوقع في
موضعه احتسب له ولو اصاب في الموضع الذي كان فيه فيحتسب به مخطيا لانه وقع في غير محل
الاصابة قبل الريح وبعدها واما ان يقع في الموضع الذي كان فيه الغرض من الهدف فيحتسب
مصيبًا لوقوعه في محل الاصابة واما ان يقع في الغرض بعد زواله عن موضعه وعلم الرامي
بزواله فينظر في الموضع الذي صار فيه فان لم يكن مماثلا لموضعه من الهدف لم يحتسب مصيبًا
ولا مخطيا لخروجه عن محل الصواب والخطاء وان كان مماثلا له احتسب به مصيبًا لانه قد
صار محلًا للاصابة ذكر ذلك كله في التذكرة ولا بد من تقييد القسم الاخير بان لا يكون اطار
الريح الغرض الى موضع هو اقرب الى موقف الرامي من موضعه الاول والا لوجب ان لا يحتسب صوابًا
ولا خطاء اذ ليس في محل واحد منهما اذا عرفت ذلك فارجع الى عبارة الكتاب واعلم ان القسم الاول
مما ذكر في العبارة لا بحث في صحته واما الاخير وهو قوله ولو اصاب في الموضع الذي طار
اليه ح فلا بد من تقييده بان يكون زال الريح الغرض قبل خروج السهم بحيث يقصده الرامي
ويكون موضعه الذي صار فيه مماثلا لموضعه من الغرض وليس اقرب الى موقف الرامي لانه
اذا لم يماثل موضعه الثاني موضعه الاول لم يكن على وفق الشرط فلم يعتد به ولو كان زواله
بعد خروج السهم لم يكن موضعه محل الاصابة عند خروج السهم اللهم الا ان يريد بكونه
على صوب المقصد تماثل الموضعين وعبور السهم اليه من موضعه الذي كان فيه فانه يستغني

طلق

طار اليه فان كان على صوب
المقصد حسب له والا عليه
اذا طارت الريح الغرض
عن موضعه فاما ان يقع
السهم في غير الغرض وفيه
غير الموضع الذي م

من التيقين لا وليس حينئذ الا انه يرد عليه كونه مستدركاً لاندراجه في القسم الاول وهو وقوع
السهم في موضعه ثم ان قوله والا فلا لا يستقيم على اطلاقه حينئذ لانه اذا قصد في موضعه
الذي صار اليه وتماثل الموضعان ان عد مصيباً او لو كان قد شرط الخاسق فاطارت الريح الغرض
فوقع السهم في الهدف فثبت فان كان نصله به الغرض واحتسب له قطعاً والا لم يحتسب له
ولا عليه بل يعيده لفقد بانه تيقن الاصابة من الخطا ومثل ما هنا ذكر المص في التذكرة وعلى ما
ذكره من التفصيل في المسئلة التي قبلها والتي بعدها وهو انه اذا عرف قوة السهم بحيث يعرف
احتسب خاسقاً ينبغي اعتبار مثله هنا ولو اخطا العارض مثل كسر قوس او قطع وتر او
عروض ريح شديد لم يحتسب عليه اي لو حصل الخطا مستنداً الى عروض امر كانكسار
القوس وقطع الوتر او مرور انسان ونحوه او حدوث علة في يد الرامي لم يحسب ذلك عليه وقد
في التذكرة انقطاع الوتر وانكسار القوس والسهم بان لا يكون وقوع ذلك من تقصيره وسوء
رميه والا حسب عليه وهو حسن وكذا لو عرض للسهم ريح شديد مثلها يغير السهم عن
هيئته اما لو كانت الريح ضعيفة ففي احتساب ذلك في الخطا وجهان احدهما الاحتساب لانا
على يقين من عدم الاصابة وفي شك من تاثير الريح والثاني للشك في سبب الخطا وذكر في
التذكرة الوجهين ولم يرجح شيئاً منهما وللنظر فيهما وجه ولو اصاب ففي احتسابه له نظر اي
لو اصاب مع وجود العارض كالريح الشديد ومنشا النظر من تيقن حصول الاصابة والشك
في استنادها الى الريح ومن ان شان الريح القوية تغير السهم عن هيئته فسبب الاصابة
مشكوك في كونه الريح او الرامي والمص في التذكرة جزم مع الريح الضعيفة باعتبار الاصابة
ويمكن مجي الوجهين الذين ذكرهما في الخطا هنا وذكر بان الريح الشديدة ان كانت موجودة عند
ارسال السهم كان محسوباً في الاصابة لان الظاهر انه اجتهد في التحرز من تاثير الريح بتحريف
سهمه فاصاب باجتهاده وان حدثت بعد ارسال السهم فاشكال والذي تقتضيه النظر انه
متى كان للعارض دخل في الاصابة او الخطا لم يحسب له ولا عليه والا احتسب ويعرف ذلك
بقوة الرمي وضعفه واستقامته وعدمه ومع الشك يتمسك بالاصل ولو شرط الخاسق
فمرق حسب له ولو خرق حسب عليه لانه اذا مرق فقد اتى باعلى من المشروط فتكون اصابة وزيادة
فانه ليس الغرض الثبوت وانما الغرض ان يقوى الرمي بحيث ياتي معها الثبوت وهو متقرب
التحرير بخلاف ما اذا خرق فانه ادون ولو ثقب ثقباً يصلح للخسق ووقع بين يديه فالاقرب

احتسب له

احتساب له   المراد بصلاحيته للخسق ان يكون صالحاً للثبوت فلو ثبت ثبتاً لا يصلح له فليس
بخاسق قطعاً ووجه القرب ان الغرض حصول الاصابة على الوجه المخصوص وقد حصل لان
الغرض انه ثقب صالح للثبوت فيه والسقوط يحتمل ان يكون لسعة الثقب وذلك يدل
على جودة الرمي ويحتمل العدم لانتفاء الوصف والشك في سببه واختاره في التذكرة الثاني
وهو اقرب الا ان يعلم استناد السقوط الى سعة الثقب وضعف الغرض ونحو ذلك
ولو وقع في ثقب قديم وثبت احتمل الاحتساب له وعدمه وجه الاول انه قد اصاب وثبت فتحقق
الخسق ووجه العدم انه لم يخرق فلا يكون خاسقاً وقال في التذكرة الوجه ان يقال ان عرف
قوة السهم بحيث يخرق احتسب خاسقاً والا فلا وهذا التفصيل اظهر   واذا تم النضال
ملك الناضل العوض وله التصرف كيف شاء وله ان يختص به وان شاء يطعم اصحابه يستفاد من
قوله واذا تم النضال ملك الناضل العوض انه لا يملكه قبل ذلك وهذا ينافي جواز الرهن
وضمانه والاشبه انه اذا ملكه تصرف به كيف شاء   ولو شرط اطعامه لحزبه فالوجه الجواز
لعموم المسلمون عند شروطهم فانه لم يقم دليل على بطلان هذا الشرط وهو مختار العلامة في المختلف
وقيل يبطل الشرط والعقد معاً لان عوض العمل يجب ان يكون للعامل كالاجارة فاشتراط
خلافه مناف لمقتضاه وبطلانه يبطل العقد واختاره الشيخ في المبسوط واختار في الخلاف
بطلان الشرط دون العقد والاول ليس بذلك البعيد لان هذا العقد ليس معاوضة حقيقية
ولا هو على نهج المعاوضات لوقوع المال ممن لا دخل له في المسابقة ولا يصل اليه شيء من العوض
الآخر فيكون عموم المسلمون عند شروطهم بالنسبة الى هذا الفرد لا معارض له   ولو قال
لرام ارم عشرة عني وعشرة عنك فان اصبت في عشرتك فلك دينار لم يجز لامتناع المناضلة
من شخص واحد لان الغرض حصول الحذق بمناضلة شخصين يجتهد كل منهما في ان يكون
ناضلاً وذلك منتف في الشخص الواحد فلا يكون وضع المناضلة حاصلاً   ولو قال ارم [illegible]
فان كانت اصابتك اكثر من خطئك فلك دينار صح لا مانع من الصحة هنا لان ذلك بالجعالة اشبه
نعم لو اراد بذلك مناضلته نفسه لم يصح لمخالفته وضع المناضلة   ولو شرط احتساب القريب
وذكرا حد القرب جاز اي اذا شرطا في العقد احتساب القريب من الغرض ومن البعيد منه
وذكرا حد القرب من ذراع او اقل او اكثر جاز وصار الحد المضبوط كالغرض والشن في وسطه
كالدارة ولو لم يذكراه وكان للرماة عادة مطردة حمل اللفظ المطلق على المعتاد عندهم

كما يحمل الدرهم عند الاطلاق على النقد الغالب في البلد وان لم يذكرا احتمل الفساد والتنزيل على ان الادنى
يسقط الابعد كيف كان اي ان لم يذكرا في العقد حتى التقرب احتمل الفساد والصحة لكن اذا لم يكن
للرماة عادة مطردة وجه الفساد الجهالة والغرر والصحة لان ذلك غير قادح للتنزيل على ان
الاقرب يسقط الابعد كيف كان اي كيفما تفق ذلك من غير تقييد بحد والفساد اوجه لعدم
استفادة هذا المعنى من اشتراط احتساب القريب مالم يشترط ذلك في العقد فانه يلزم قطعا
لانه نوع من الرمي معتاد بين الرماة وهو ضرب من المحاطة والى هذا اشار بقوله فان شرط ذلك
لزم قطعا كما اذا قال الرامي عشرين رشقا على ان يسقط الاقرب الابعد فمن فضل له خمسة فهو
ناضل ولو شرطا اسقاط مركز القرطاس وما حوله احتمل الصحة والبطلان لتعذره اي
لو شرطا اسقاط اصابة مركز القرطاس اصابة ما حوله ووجه الجواز الاصل وان فيه التحريض
على الحذق ووجه البطلان ان وسط القرطاس يتعذر قصده واصابته اتفاقية فلا يصيبه
الا الحاذق وفيه نظر لا ان تعذر تقصده وندوره لا يخل بالصحة فيكون الاول اوجه ولو انكسر
السهم نصفين فاصاب بالمقطع من ادى جهة الفرق حسب وان اصاب بالنصل فاشكل الا ان كسر
السهم نصفين من غير تقصير من الرامي كما قيد به في التذكرة والظاهر ان هذا القيد
انما يظهر اذا اخطا اما مع الاصابة الشديدة فالذي يقتضيه النظر عدم التفاوت في
الحكم والحاصل انه اذا انكسر فاصاب بالمقطع اي موضع الكسر من الذي جهة الفوق ومنا ب
استداده مع الانكسار واصابته دلالة على جودة الرمي وغاية الحذق فيه والحكم موضع تامل
وان كان احتسابه اذا كان قويا شديدا لا يخلو من قوة ولو اصاب بهما فقد حكي الحكم في التذكرة
باحتساب ذلك اصابتين قال وكذا لو رمى سهمين دفعة فاصاب بهما يحسب له اصابتان

كتاب الوقوف والعطايا

الوقف عقد يفيد تحبيس الاصل واطلاق المنفعة المراد بتحبيس الاصل المنع من التصرف
فيه تصرفا ناقلا وهذا التعريف يصدق على الحبس فانه عقد يفيد ذلك الا ان يراد بالحبس
التابيد الا انه اللفظ لا يدل عليه ويصدق في الدروس بان الصدقة الجارية وهذا منها
على نذرا لصدقة كذلك والوصية بها لا الاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وآله حبس الاصل وسبل الثمرة
وغيره لكثرة الاخبار الكثيرة ولفظه الصريح وقفت وحبست وسبلت على رأي اما
وقفت وفيها في شرود اللغة الافصحها اوقفت فلا خلاف في دلالتها بالصريح نف

ما ضينبه فهو صحيح فانه اصاب بالفصل فانه حل الاشتباه منه وتقع بل الاوفر
انتقاد التعميم فالمقلد الاصل النفي
في الموقف ٢

عامي

على معنى الوقف وبها حكي عن بعضنا قول الشافعي بانها كناية لا تدل الا مع النية واما حبست
و يقال احبست وسبلت فقد ذهب الشيخ في الخلاف وجماعة الى صراحتهما كوقفت نظراً الى
استعمالها العرفي في ذلك وذهب في المبسوط الى ان الصريح وقفت خاصة وما عداه يحتاج
الى النية وهو الاصح اعتباراً لاصل الوضع والاصل عدم النقل والاصل بقاء الملك
على مالكه حتى يحصل الناقل الشرعي وما وقع من استعمالها في الوقف في كلام الشارع لا دلالة
فيه على المراد لوجود القراين المعينة للمطلوب ومع وجود القرينة لا دلالة على كون الل	ستعال
حقيقياً مثل ما وقع في كلام امير المؤمنين صلوات الله عليه هذا ما تصدق به علي بن ابي طالب
وهو حي سوي صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والارض
منقبة حرمت وتصدقت وابدت فان قرن احدى هذه الثلثة باحدى الثلثة السابقة
او بما يدل على المعنى مثل لا يباع ولا يوهب ولا يورث وصدقة مؤبدة او محرمة او بالنية
صار كالصريح اي مثل الصريح وهو ما عدا الالفاظ الثلثة على ما اقسام الالفاظ ثلثة اخرى
وهي حرمت وتصدقت وابدت وهذه كناية عن الوقف لاشتراكها في الاستعمال بينه وبين
غيره فان انضم اليها ما يخصصها بالوقف ويجعلها دالة عليه كانت كالصريح والا فلا و
الضميمة اما لفظ او نية فاللفظ اما احدى الالفاظ السابقة مثل صدقة موقوفة او محبسة
على القول بان التحبيس صريح او مثل صدقة لا تباع ولا تورث ولا توهب واما اذا اقترنت
احدها بالنية فانه يحكم بالوقف باطناً دون الظاهر الا ان يعترف بانه نواه ويقبل قوله في نية
الوقف وعدمها وقال في التذكرة اذا اتى بالكناية بنية الوقف اما ان يضيف اللفظ الى جهة
عامة كان قال تصدقت بهذا على المساكين بنية الوقف فالاقرب الحاقه بالصريح في صيرورته
وقفاً او يضيفه الى معين لم يكن وقفاً على الاقوى نعم مع النية يصير وقفاً فيما بينه وبين الله
تعالى ولا يصير وقفاً في الحكم فان الشيخ رحمه الله فاذا اقر انه نوى الوقف صار وقفاً في الحكم
هذا محصل كلامه وفي الفرق بين الصيغتين نظر ووجه الفرق غير ظاهر واستدرك الدروس
الى ظاهر الاصحاب ان تصدقت وحرمت صيغة واحدة فلا تغني الثانية عن الاولى وتغني
الاولى مع القرينة ولو قال جعلته وقفاً او صدقة مؤبدة محرمة كفى هذا كلامه والظاهر
من كلامه انه ان جعلته صدقة مؤبدة محرمة تكفي بدون النية كجعلته وقفاً وكلام التذكرة يدل
لكنه قال في آخر البحث واما صرفت هذه البقعة او ابدتها او داري محرمة ومؤبدة فالاقرب انها

كنايه ان انضم اليها قرينه تدل على الوقف صارت كالصريح والا فلا وهو يقتضي الفرق بين
ضميمة بعض الكنايات الى بعض وافرادها واعلم ان في عبارته مناقشة لان احدى مؤنثه
فحقه ان يقول الثلث بعينها لعدم جواز الحاقها مع التاء بمؤنث   والا لم يحمل على الوقف
ويدين نيته لو ادعاه او ادعى ضده اي وان لم تقترن غير الصريح باحدى الالفاظ الثلثة
والا بما يدل عليه المعنى والا بالنية لم يحمل على الوقف ولا وجه لاشتراط عدم النية في عدم
الحمل على الوقف لانا انما نحكم بالظاهر والنية امر قلبي لا يطلع عليه فاذا جرد اللفظ عن
القرينة لم يحكم بالوقف الا ان يعترف بانه نواه فيحكم عليه باقراره ظاهرا وكذا لو ادعى عدم
نية الوقف فانه يحكم عليه ظاهرا بعدم الوقف ويجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى مطاوعة
الواقع فان لم يكن نوى الوقف وادعى النية فهو باق على ملكه فيجب عليه العمل بما يقتضيه بقاؤه
على ملكه بحسب معتقده بالنسبة الى دين قد طولب به وهو عاجز عن ادائه الا من هذا الملك
ووصول حق الورثة اليهم منه وينعكس الحكم لو ادعى عدم نية الوقف والحال انه قد نواه وقوله
يدين بضم الياء الاولى وتشديد الثانية مفتوحة اسم مفعول معناه يوكل الى دينه ليعمل بنيته
لو ادعى الوقف في قصده او ضده لعدم العلم بما قصده الا من قبله وقوله ويحكم عليه بظاهر اقراره
بقصده معناه انه اذا اقر بقصد الوقف حكم عليه ظاهرا باقراره لا باطنا   اما الموقوف عليه
فيشترط قبضه في صحة الوقف ولو رده بطل قد تقدم ما يعتبر من قبل الواقف من نطقه بالصيغة
صريحا او كناية مع القرينة او النية وهذا بيان ما يعتبر من قبل الموقوف عليه وهو اشتراط
قبضه في الصحة ولا خلاف في ذلك وكذا اشتراط عدم رده فلو رد بطل كما في الوصية سواء
قلنا باشتراط القبول ام لا خلافا لبعض الشافعية محتجا بانه دخل في ملكه بمجرد الايقاع ولزوم
من لا يشترط القبول ظاهر لكن ينبغي ان يكون ذلك مع تحقق القبض واما اشتراط القبول
فقد اشار اليه المص بقوله ولو سكت ففي اشتراط قبوله اشكال اقربه ذلك لا يخفى انه لو سكت
لكان اولى لان اشتراط القبول وعدمه لا يختلف بسكوته وعدمه وتحقيق المسئلة هل يشترط
لصحة الوقف القبول ام لا فيه اشكال ينشأ من انه لا تتم صحة الوقف وانعقاده عند وجود
لفظ الوقف والايقاع من غير تقييد بالقبول   ولانه ازالة ملك فيكفي فيه صيغة الايجاب
كالعتق واستحقاق الموقوف عليه كاستحقاق العتيق منفعة نفسه ومن اطباقهم على انه عقد
فيفتقر الى الايجاب والقبول كسائر العقود ولان ادخال الشيء في ملك الغير للمنفعة تتوقف

على رضاه

على رضاه لان الاصل عدم الانتقال بدونه وحصول الملك على وجه قهري كالارث يتوقف
على نص الشارع وهو منتف ولا دلالة في النصوص الواردة في هذا الباب على عدم حصول
القبول وللشك في تمامية السبب بدونه فيستصحب بقاء الملك على المالك ورجحان هذا
الوجه هو وجه القرب الذي ذكره المص والاصح اشتراط القبول فيتعين فيه وفي الايجاب
ما يعتبر في سائر العقود اللازمة من وقوعهما بالعربية وفورية القبول وغير ذلك
وفي التذكرة اشتراط القبول الا ان يكون الوقف على جهة عامة كالفقراء او المسجد فلا يشترط
وهو مطابق لما سيأتي هنا ان شاء الله تع ثم قال بعد ان حكى ذلك عن الشافعية ولم يجعلوا الحاكم
نائبا في القبول هنا ايضا ولا ريب انه اولى قال ثم ما ذكرناه مفروض في الوقف اما لو جعلت
هذا المسجد فهو تمليك لا وقف فيشترط قبول القيم وقبضه كما لو وهب شيئا من صبي هذا كلامه
ونحن لا نجد فرقا بين الهبة والوقف في ذلك نعم قد بنى بعضهم القول باشتراط القبول وعدمه
على ان الملك ينتقل الى الموقوف عليه او الى الله سبحانه نظرا الى الاول يشترط لا على الثاني الحاقا له
بالاعتاق ولا ريب ان هذا البناء اقرب من طرد القولين مع القول بانتقال الملك الى الموقوف
عليه وان كان الاقوى على الوقف انه عقد بناء على عدم اشتراط القبول على كل حال لان العقد مركب
من الايجاب والقبول وكذا الولي في القبول في اشتراط قبضه وقبوله لو كان الوقف على صبي ونحوه
كالموقوف عليه سواء اما البطن الثاني فلا يشترط قبوله ولا يرتد عنه برده بل برد الاول
لان استحقاقه لا يتصل بالايجاب وقد تم الوقف ولزم بقبول الاول وقطعه يحتاج الى دليل وفي
وجه للشافعية انه يرتد برد البطون المتجددة ما رده الاول فلا شك في تاثيره ولو كان
الوقف على المصالح لم يشترط القبول نعم يشترط القبض هنا كالتنبيه للاطلاق كلامه السابق
وقد حققنا ذلك فيما مضى وبينا ان اشتراط القبول مطلقا اولى ولا يحصل الوقف بالفعل
كبناء مسجد وان اذن في الصلاة فيه او صلى فيه ما لم يقل جعلته مسجدا لا يحصل الوقف بالفعل
عندنا وان حف بالقرائن مثل ان يبني مسجدا سواء اذن في الصلاة فيه ام لا وسواء صلى فيه ام لا
وكذا ان اتخذ مقبرة واذن للناس فيها او سقاية واذن في دخولها خلافا لابي حنيفة واحمد
لان الوقف عقد يفتقر الى الايجاب والقبول وله شرائط لا يكفي فيها القرائن ما لم يكن هناك
لفظ يدل عليه فيه وبين تقديم الطعام للضيف ووضع ماء في حب على قارعة الطريق ونثار شيء
على الناس ونحو ذلك ان هذه انما تستفاد منها الاباحة بخلاف الوقف فانه يقتضي نقل الملك

واعلم ان قوله ما لم يقل جعلته مسجدا ليس المراد منه انه بهذا يتحقق مسجديته بل الغرض
ان له دخلا في حصولها الا ان اللفظ كان في الصيغة واختار المصنف في التذكرة عدم الا هذام
كتفاء بها ما لم يضم اليها ما يدل على انشاء الوقف مثل جعلته مسجدا لله لانه وصفه
بما هو موصوف به فقد قال ثم جعلت لي الارض مسجدا وما ذكره متجه   واذا تم الوقف
بالاقباض كان لازما لا يقبل الفسخ وان تراضيا لان الوقف قربة فيه حق لله تعالى
وان قلنا بانتقاله الى الموقوف عليه فلا يملكان ابطال ذلك الحق بتراضيهما   ويشترط
تنجيزه ودوامه واقباضه واخراجه عن نفسه ونية التقرب يشترط في الوقف ايضا امور
احدها التنجيز فلو علقه بشرط او صفة مثل ان يقول اذا جاء زيد فقد وقفت
داري او اذا جاء راس الشهر وقفت عبدي لم يصح لعدم الجزم به كما لا يصح تعليق
البيع والهبة واستثنى في الدروس ما اذا كان عليه واقعا والواقف عالم بوقوعه
كقوله وقفت ان كان اليوم الجمعة وقد سبق في الوكالة مثل ذلك المعلق الثاني دوامه
لان الوقف لا بد من تابيده على ما سياتي تحقيقه ان شاء الله تع الثالث الاقباض وهو
غير القبض الذي تقدم اشتراطه لان القبض لا يعتد به من دون اقباض الواقف
وتسليطه عليه الرابع اخراجه عن نفسه لانه لا يعقل وقف الانسان على نفسه الخامس
نية التقرب وظاهر العبارة اشتراطها لصحة الوقف ويشكل بانتفاء دليل الاشتراط
ولعل الشرط هو كون الوقف قربة نفسه قال في الدروس وفي اشتراطها وجه ترتب
وقفا للكافر لا القربة صحته   فلو علقه بصفة او شرط او قرنه بمدة لم يقع ولو وقف
على من ينقرض غالبا ولم يذكر المصرف كما لو وقف على اولاده واقتصر او ساقه الى بطون
ينقرض غالبا قال الاشبه انه حبس يرجع اليه او الى ورثته بعد انقراضهم هذا تفريع على
الشروط المتقدمة وقد ساقه على الترتيب فعدم الوقوع لو علقه بصفة او شرط فرع
اشتراط التنجيز وعدمه وقوعه لو قرنه بمدة فرع اشتراط الدوام وفقه المسألة انه لو وقف
ملكه مدة كسنة فهل يبطل اصلا ام يبطل كونه وقفا ويصح حبسا قولان احدهما البطلان
وهو ظاهر عبارة الكتاب حيث حكم في هذه المسألة بعدم الوقوع وفي التي بعدها بصحته حبسا
والثاني صحته حبسا واختاره العلامة في التحرير وشيخنا الشهيد في الدروس لوجود المقتضي
وهو الصيغة الصالحة للحبس لان بين الوقف والحبس اشتراكا في المعنى فاذا اقترن الوقف

بما يقتضي

بما يقتضي عدم التأبيد كان كما لو اقترن الحبس بما يقتضي التأبيد فيكون حبساً ويشكل بان الوقف
حقيقة في المعنى المتضمن لاخراج الملك عن مالكه فيكون مجازاً في الحبس ويمكن الجواب بان هذا
المجاز شايع الاستعمال في هذا الباب والالم يصح في المسايل الاتية وفيه نوع وتردد المص في
التذكرة وينبغي الجزم بالبطلان لو قصد بالوقف هنا معناه الحقيقي لامتناعه ويتفرع على اشتراط
الدوام ايضا ما لو وقف على من ينقرض غالباً ولم يذكر المصرف بعده كما لو وقف على اولاده
واقتصر او ساقه الى بطون تنقرض غالباً ففي صحته وقفاً او حبساً وبطلانه منه اقوال
ثم على القول بصحته وقفاً فهل يرجع الى ورثة الواقف ام الى ورثة الموقوف عليه ام يصرف
في وجوه البر اقوال ايضاً فاما القول بالصحة فهو مختار الشيخين واكثر الاصحاب والمص في
المختلف والتذكرة لانه نوع تمليك وصدقة فيتبع اختيار المالك في التخصيص وغيره ولاصالة
الصحة وعموم اوفوا ولان تمليك الاخير ليس شرطاً في تمليك الاول والا لزم المعلول على العلة ولرواية
ابي بصير عن الباقر عليه السلام ان فاطمة عليها السلام اوصت بحوائطها السبعة الى علي عليه السلام
ثم الى الحسن ثم الى الحسين ثم الى الاكبر من ولده بتقدم صلوات الله عليهم ولعموم ما روي من توقيع
العسكري ع الوقوف على حسب ما يقفها اهلها ان شاء الله تع ويرد على الاول ان التمليك لا يعقل من
وكذا الصدقة والاصل يرجع اليه في المدعى لان كونها الوقف مؤبداً او موقتاً انما يستفاد من الشرع
والجواب عن الاية لا دلالة فيها بالقول بالموجب فان الوفا بعقد الوقف لازم حيث يعقد
معنى الوقف ولا يلزم من القول بعدم صحة القول كون تمليك الاخير شرطاً في تمليك الاول ولنا الشرط
بان المصرف الاخير يتحقق معنى الوقف والرواية لا حجة فيها لان فاطمة عليها السلام علمت تأبيد
ولدها للنص على الائمة عليهم السلام وقوله م حبلان متصلان لن يفترقا حتى يردا علي الحوض
وغير ذلك مما لا يتناهى ولانه لا تصريح في كلامها عليها السلام بالوقف والوصية لا بحث
فيها ونقول بموجب توقيع العسكري ع مع عدم الدلالة فان معنى الوقف لا يتحقق الا مع
انتقال الملك واما القول بالبطلان فنقله الشيخ عن بعض الاصحاب وحجته ان الوقف شرطه
التأبيد فاذا لم يرده الى ما يدوم كان كما لو وقف سنة لانه يكون منقطعاً فيصير على مجهول
واجيب بان اشتراط التأبيد محل النزاع وصيرورته وقفاً على مجهول ممنوع فان المصرف معلوم
ولقايل ان يقول ان الوقف يقتضي انتقال الملك عن الواقف قطعاً والا فهو الحبس وحينئذ يجب
ان لا يعود اليه اصلاً الا بسبب شرعي فظهور انه يقتضي التأبيد ما لم يحصل السبب ومعلومته

المعروف عنه واصحابه فان الغرض انه ليس في كلام الواقف ما يدل عليه والعود بعد انقراض الموقوف
عليه الى ورثته والى وجود البر فرع صحة الوقف فيمتنع قوله مصححاً وقول العسكري ع مبنياً في ذلك
لان صرف الوقف الى غير من عينه الواقف يقتضي ان لا يكون على حسب وقفه الواقف فيحصل هنا ايضاً
صورته لو صح التقييد المؤبد لم يكن الوقوف على حسب ما وقفها اهلها والثاني بالحمل بالرواية
وبيان الملازمة لابد من مصرف لم يعينه المالك ولم يدل كلامه عليه واما القول بالحبس فهو
قول ابن حمزة وقرب المص هنا وشيخنا الشهيد في الدروس فتح ووجهه مستفاد مما قدمناه
في المسئلة السابقة ولانه اذا ساغ استعمال الكناية في الوقف في الحبس اولى فعلى هذا لا يخرج
عن ملك الواقف وينتقل الملك عنه بعد موته الى ورثته واما على القول بصحة الوقف فقال
المفيد وابن ادريس يرجع الى ورثة الموقوف عليهم لانتقال الملك الى الموقوف عليهم وقال
ابن زهرة يرجع الى وجوه البر لخروج الملك عن الواقف فلا يعود اليه واقرب شيء الى مقصوده
وجوه البر وقد مر ما فيه وقال الشيخ يرجع الى ورثة الواقف واختاره جماعة لما روي
عن الصادق ع في رجل وقف غلة على قرابته واوصى لرجل ليس بينه وبين قرابته من تلك
الغلة بثلثمائة درهم كل سنة وساق الحديث الى ان قال فان انقطع ورثته ولم يبق منهم احد
كانت الثلثمائة درهم لقرابة الميت والظاهر ان الوصية بالوقف والا لم يكن لورثة الموصي
شيء كما قيل ولا حجة فيه على صحته وقفا فلم لا يجوز ان يكون حبسا بلفظ الوقف فان قيل
الاصل في الاستعمال الحقيقة قلنا وتجوزت هنا لانه لو انتقل عن الملك لم يرجع الى الوارث
اصلا والاصح مختار المص هنا اذا عرفت ذلك فاعلم ان قوله فالاقرب انه حبس يرجع اليه او الى
ورثته بعد انقراضهم لا يخلو من تسامح لانه لم يخرج عن ملكه فكيف يتصور رجوعه اليه
ولو ابد على احد تقديرين دون الآخر مثل ان يقف على اولاده وعقبهم ما تعاقبوا فان انقرض
العقب ولا عقب له فعلى الفقراء ولو انقرض الاولاد ولا عقب لهم فعلى اخوته وانقرض كان حبسا
على التقدير الثاني وفي الاول اشكال المتبادر من سياق العبارة ان الاشكال في انه على التقدير
الاول هل هو حبس او وقف لا انه لا محصل له اذ لا ريب في كونه وقفاً على ذلك التقدير لانه بلفظ
الوقف وقد حصل منه التأبيد فلا يعقل كونه حبسا اما على التقدير الثاني فانه وان كان بلفظ الوقف
الا انه في معنى الحبس فينبغي ان يكون الاشكال في الصحة والفساد الا انه ان تطرق احتمال الفساد
على التقدير الاول وجب ان يتطرق على التقدير الثاني لان المانع من الصحة ان كان تعليقه على

شرط

شرط كما ذكره الشارح الفاضل فهو مشترك بين التقديرين على انه لا تعليق هنا وانما هو حكم
على تقدير وانما التعليق ما لا يتنجز معه ولو تم ذلك لكان عدم الصحة هنا من فروع اشتراط
التنجيز لا من فروع الشرط التأبيد ولو علل على تقدير الاولى بانتفاء التأبيد لامكان انقراض
الاولاد ولم يوجد لهم عقب فلا ينتقل الى الفقراء اجيب بان التأبيد انما هو على تقدير كونه
وقفا خاصة ومن تأمل كلام الشارح الفاضل لم يجد له كثير محصل والاصح الصحة لعموم قول العسكري
ع الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها ولحصول شرط الوقف وهو التأبيد على التقدير الذي
حصل به وقفا وهو مختار الدروس ولو وقف على من سيولد له ثم على المساكين او على عبده
ثم على المساكين فهو منقطع الاول فيحتمل الصحة كمنقطع الآخر والبطلان اذ لا مستحق في الحال
اختلف كلام الاصحاب في الوقف المنقطع الاول فقال الشيخ في المبسوط والخلاف بالصحة مع انه
قال في المبسوط الذي يقتضيه مذهبنا عدم الصحة واختار العلامة في المختلف البطلان وهو الاصح
لانه لو صح لزم اما صحة الوقف مع انتفاء الموقوف عليه او عدم جريان الوقف على حسب ما شرطه
الواقف لانه في حال الوقف ان لم يكن له موقوف عليه لزم الاول وان كان فليس هو من ذكره ولانه لا يجب
ان يكون غيره فيلزم الامر الثاني والتالي بقسميه باطل وعلى القول بالصحة فهل يصرف الوقف في الحال
الى من صح الوقف عليه فصل الشيخ في المبسوط فقال ينظر فان كان الذي بطل الوقف في حقه لا يمكن الوقف
على بقائه واعتبار انقراضه مثل ان يقف على مجهول او معدوم فان منفعة الوقف تصرف الى من صح في
حقهم في الحال ويكون اولئك بمنزلة المعدوم الذي لم يذكر في الوقف وان كان الموقوف عليه اولا يمكن
اعتبار انقراضه كالعبد فمنهم من قال يصرف اليهم في الحال لانه لا يستحق غيرهم وهو الصحيح ومنهم من
قال يصرف الى الفقراء والمساكين مدة بقاء الموقوف عليه اولا ثم الى ان ينقرض من رجعت اليهم والقبض
شرط في صحته فلو وقف ولم يسلم الوقف ثم مات كان ميراثا لبطلان الوقف بانتفاء شرطه وقد ورد
التصريح في رواية عبيد بن زرارة عن الصادق ع ولو وقف على اولاده الاصاغر كان قبضه قبضا
عنهم وكذا الجد والوصي لمنافاة من قوله كان قبضه قبضا عندهم ان مجرد كونه مقبوضا في يده كاف
في حصول القبض عنهم وان لم يقصد القبض عنهم ويشكل بان القبض فعل يعتبر القصد فيه ما لم يقصده
لغيره ممن له ولاية عليه ونحوه وفي اشتراط نيته اشكال ينشأ من انه ركن في العقد فيعتبر تجريد
القبول خصوصا على القول بعدم اشتراط القبول ومن اصالة عدم الاشتراط وانتفاء دليل يدل عليه
بل رواية عبيد بن زرارة دالة على عدم الاشتراط حيث علق فيها البطلان بعدم القبض الى ان يموت ذاك

مقتضاه الاكتفاء به قبل الموت متى حصل والاصح عدم الاشتراط وانما يشترط القبض في
البطن الاول لتحقق الدفع بقبضه قطعاً فلو شرط قبض البطن الثاني لانقلب جائزاً وهو معلوم البطلان
ولو كان الوقف على الفقراء فلا بد من نصب قيم بقبض الوقف المراد ولو قبضه الحاكم
جاز قطعاً نصب ليتم او قبل الحاكم لانه نايب عن الموقوف عليهم ومقتضى قوله فلا بد انحصار
القبض في الحاكم فلو قبضه احد الفقراء لم يصح ويدل عليه انما الوقف هنا انما هو على الجهة لان
الواقف ينظر الى جهة الفقر والمسكنة ويقصد سد خلة موصوف بهذه الصفة ولا يقصد شخصاً
بعينه ومن ثم ينتقل الوقف في كونه لكل الى الله تع ولو كان على مصلحة فالقبض الناظر فيها
اي على مصلحة من مصالح المسلمين كقنطرة وانما يتولى الناظر فيها القبض لانه مقدم شرعاً على الحاكم
نعم لو لم يكن لها ناظر خاص كان القبض الى الحاكم ولو وقف مسجداً او مقبرة لزم اذا صلى فيه
واحداً او دفن صلاة صحيحة للاقباض الجار والمجرور في قوله فيه تنازعه كل من صلى ودفن والمراد انه يحصل
لزوم وقفها بقبضه مسجداً او مقبرة بصلاة واحد صلاة صحيحة للاقباض ودفن ميت كذلك فلو صلى
قبل العلم بالوقف او بعده قبل الاذن في الصلاة او بعدها لا قصداً للاقباض ما النهي او
غير ذلك لم يلزم وكذا القول في الدفن فان قيل على ما ذكرت يلزم اشتراط النية في القبض قلنا
لا يلزم ذلك في مطلق القبض وانما شرطها هنا لان مطلق قبض المصلي غير كاف لانه اذا تجرد عن
القصد المقتضي لتعيين كون القبض لجهة الوقف لم ينصرف اليها لان القبض مع عدم التعيين
الصارف انما يحسب بالاضافة الى القابض لا لغيره والمطلوب هنا صرفه الى الجهة فاحتيج الى القصد
ولا كذلك لو وقف والقبض لمن يريد والمقبوض في يده او وهب منه كذلك او رهن عنده
كذلك ايضاً لان القبض محسوب له فلا حاجة الى قصد تعيينه نعم لو كان القابض وكيلاً في قبول الوقف
او الرهن والهبة مثلاً فلا بد من قصد القبض عن الغير لكن يرد عليه ان الاقباض فعل الواقف لا يفيد
القبض ويمكن الحمل على ذلك والمعنى صحيح لان المراد اذا صلى واحد للاقباض للواقف اياه اي اذا وقع بالصلاة
لان الواقف قد اذن له في الوقف للقبض فان اقباضه هو اذنه فيه وحمله عليه وح فيكون الصلاة
مقصوداً بها القبض ومأذوناً فيها لاجل ذلك الواقف فيتحقق تمام الدفع لانك قد عرفت انه لا بد من
القبض بعد الايقاع فلا يعتد به من دونه وهذا الذي ذكره المص يدل على ان القبض بيد الولي
اذا وقف ما لكه على الطفل ولم يعلم الولي به وذهل عن قصد ويكون القبض للطفل لا يعتد به وكذا
الوقف على ما بيده وذهل عن القبض للطفل لان القبض محسوب للواقف فلم يحصل فهذا ينبغي

صرفه الى الطفل ام ينصرف اليه وكذا القول في نوكيله   والاقرب ان نقض الحاكم كذلك اي الاقرب
ان قبض الحاكم للمسجد والمقبرة بالتخلية المعتبرة في نظايرهما مثل الصلوة والدفن للاقباض
ووجه القرب انه نايب المسلمين وهو في الحقيقة وقف عليهم ولان الوالي لمصالح العامة هو بنعتبر
قبضه ويحتمل العدم لعدم النص ولم يذكر الاول مضعف ظاهر والاصح الاكتفاء به   ولو وقف
على نفسه بطل لانه لا بد من اخراج الوقف عن ملكه فلا يعقل وقفه على نفسه قولا   ولو وقف
على نفسه او على غيره فهو منقطع الاول حيث ان العطف بثم المقتضيه للترتيب وقد سبق في
كلام المص التردد فيه واخترنا كون البطلان   ولو عطف بالواو فالاقرب اختصاص الغير
بالنصف وبطلان النصف في حقه وجه القرب ان العطف يقتضي التساوي والتشريك بين
المعطوف والمعطوف عليه فيكون قد وقف على كل منهما النصف وحيث بطل الوقف في احدهما
كان النصف باقيا على ملك المالك لعدم صحته فيما عين له فيبقى على ملك المالك ويحتمل ان يكون الكل
للغير لان الموقوف بالنسبة الى كل من المعطوف والمعطوف عليه هو المجموع من حيث هو مجموع والحكم
بالتنصيف انما نشا من تساوي كون المجموع وقفا على كل منهما فاذا امتنع الوقف على احدهما انصرف
وقف المجموع الى الاخر وفيه نظر لانه انما وقف عليهما فان كان وقف المجموع على كل منهما لان تقتضي
هذه الصيغة التنصيف لان مقتضاها ان يكون لكل منهما حصة في الوقف فاذا بطل بالنسبة الى
احدهما لم يخرج صرف الموقوف كله الى الاخر لانه خلاف مدلول الصيغة وخلاف مراد الوقف والعقود
تابعة للقصود فان قيل هذا الوقف منقطع الاول لان الموقوف عليه هو المجموع وقد بطل الوقف
بالنسبة الى المجموع لان انتفاء الجزء يقتضي انتفاء الكل قلنا ليس كذلك المراد بمنقطع الاول لغير ليست في
الصيغة الاولى من يصح الوقف عليه كما لو وقف على نفسه ثم على الفقراء وهنا ليس كذلك لان
الصيغة الاولى هو نفسه والغير فاذا بطل في البعض بقي بعض الطبقة الاولى نعم يرد عليه انتفاء
الموقوف عليه بانتفاء بعضه ويجاب اولا بانا لا نسلم ان الموقوف عليه المجموع من حيث المجموعية بل الكل
منهما وثانيا بان الوقف تبرع وليس معاوضة فاذا اخرج الواقف عن نفسه امرين فبطل اخراج
احدهما لا يجب بطلان الاخر بل يجب ان يصح بطريق اولى لان من رضي باخراج قدر من ماله بغير عوض
فهو راض باخراج ما دونه بطريق اولى بخلاف المعاوضات فان الاعواض تتعرض بمقابلة
المجموع بالمجموع لانها مبنية على ذلك فلا يلزم من الرضا بالمعاوضة على المجموع الرضا بالمعاوضة على
البعض ومثله ما لو اقر بامرين او لشخصين فبطل في احدهما او تبرع بعبدين فبطل في احدهما

فانه في الاخر ناقد والاصح ما قربه المصنف   ولو شرط قضاء ديونه او ادراره او مؤونته او الانتفاع به
بطل الوقف لان الشرط مناف لمقتضاه فانه لا بد من خروجه عن نفسه بحيث لا يبقى له استحقاق فيه
لان الوقف يقتضي نقل الملك والمنافع عن نفسه فاذا شرط قضاء ديونه او ادراره مؤونته او نحو
ذلك فقد شرط ما ينافي مقتضاه فيبطل الشرط والوقف معا   بخلاف ما لو وقف على الفقهاء
وهو منهم او على الفقراء فصار فقيرا فانه يشارك والفرق ان ذلك ليس وقفا على نفسه ولو على جماعة
منهم فان الوقف على الفقهاء ليس وقفا على الاشخاص المتصفين بهذا الوصف بل على هذه الجهة المخصوصة
ولهذا لا يشترط قبولهم ولا قبول بعضهم وان امكن بل ولا يعتد به وكذا القبض ولا ينتقل
الملك اليهم ولا يجب صرف نماء الوقف الى جميعهم وانما ينتقل الملك في مثل ذلك الى الله سبحانه ويكون
الوقف على جهة مرجعه الى تعيين المصرف وكذا القول في جميع الوقوف العامة كالوقف مسجدا
فان له ان يصلي فيه او بئرا فان له ان يشرب منها ونحو ذلك ولا فرق في الصحة بين ان يكون في وقت
الوقف متصفا بالصفة التي هي مناط الوقف كما لو كان فقيها حين الوقف على الفقهاء او لا كما لو وقف
على الفقراء ثم افتقر ومنع ابن ادريس من انتفاع الواقف بالوقف في مثل ذلك لخروجه عن ملكه فلا
يعود اليه بالانتفاع وقفه على نفسه وهو ضعيف لما بيناه ويوجد في حواشي شيخنا الشهيد انه يشارك
ما لم يقصد منع نفسه او ادخالها وهو حسن فانه ان قصد ادخال نفسه فقد وقف على نفسه فلا يصح
الوقف من راس مال واذا قصد منع نفسه فان تخصيص العام بالنية جائز وكذا تقييد المطلق فيجب
اتباع ما شرطه لحديث العسكري عليه السلام   ولو شرط عوده اليه عند الحاجة صح الشرط وصار حبسا وبطل
وقفا بل يرجع اليه مع الحاجة ويورث اذا شرط في الوقف عوده اليه عند الحاجة مطلقا ففي صحة
الشرط والعقد وبطلانهما وصحة الشرط على انه يكون حبسا ويبطل كونه وقفا ثلاثة اقوال للاصحاب
الاول صحتهما فان حصلت الحاجة رجع مع الرجوع وعاد ملكا وان لم يرجع حتى مات كان وقفا
لازما وهو مختار السيد المرتضى في ظاهر كلامه وصريح كلام المصنف في المختلف عملا بمقتضى العقد
الثاني بطلانهما وهو مختار الشيخ وابن ادريس لان هذا الشرط خلاف مقتضى الوقف لان
الوقف اذا تم لم يعد الى المالك على كل حال فيكون فاسدا ويفسد به العقد الثالث صحة الشرط على ان
يكون حبسا لا وقفا واختاره المصنف هنا وفي التذكرة والتحرير لما بينهما من الاشتراك وما رواه اسماعيل بن
الفضل عن الصادق عليه السلام في الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير قال ان
احتجت الى شيء من المال فانا احق به ترى ذلك له وقد جعله لله يكون له في حياته   فاذا هلك

الرجل

الرجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقته قال يرجع ميراثاً على أهله فالمراد بالصدقة في الرواية الوقف
بدليل بإتيانها فيكون دليلاً على الصحة وحينئذ علم أن الوقف لا بد فيه من التأبيد فلا يكون ذلك
إلا حبساً فلا يخرج عن ملك المالك بل يورث عنه بعد موته نعم هنا إشكال وهو أنه قد جعل نهاية
الحبس حصول الحاجة فإذا مات قبل حصولها ورجوعه وجب أن يبقى الحبس على ما كان وجوابه
أن الحاجة تتحقق بالموت فإن الميت فقير وأيضاً فإن الحبس لا بد أن يكون له ~~ذلك لا حبس له~~
نهاية وحيث لم يكن له نهاية في هذه الصورة جعل موته النهاية الذي لأنه محل انتقال الملك
إلى الوارث ولا دليل على بقاء الحبس بعد الموت والرواية نص في ذلك ولا يخفى أن القول
الأول مبني على أن الوقف لا يشترط فيه التأبيد والأصح هو الثالث واعلم أن قول المص ورث ولو
المراد به أنه يورث بموته وإن لم يرجع فيه قبل الموت لأنه باق على ملكه على القول بأنه حبس ونعلم
أيضاً أن المراد بالحاجة هو الفقر نظراً إلى المتعارف بين أهل الشرع إذ لا شك في أن مستحق الزكاة
يحتاج شرعاً وعرفاً   ولو شرط الخيار في الرجوع عنه بطل الشرط والوقف لأن ثبوت الخيار منافٍ
لمقتضى الوقف المبني على اللزوم التام الذي لا يقبل الفسخ بحال فإن قيل اشتراط عوده عند
الحاجة أيضاً منافٍ فلم جوزتموه قلنا هو مناف للوقف لا الحبس ولهذا حكمنا بصحته حبساً فإن قيل
فلم لا يصح هذا حبساً قلنا لأن الحبس لازم إلى أمد وشرط الخيار ليس كذلك فلا يكون وقفاً
ولا حبساً   ويجب اتباع كل شرط لا ينافي مقتضى العقد لعموم قوله تعالى أوفوا بالعقود وعموم
قوله عم المسلمون عند شروطهم   ولو شرط إخراج من يريد بطل وذلك لأن بناء الوقف على اللزوم
فإذا شرط إخراج من يريد من الموقوف عليهم كان منافياً لمقتضى الوقف إذ هو بمنزلة اشتراط الخيار
ولو شرط إدخال من يولد أو من يريد مع الموقوف عليهم جاز سواء كان الوقف على أولاده
أو غيرهم لا ريب أنه لو وقف وشرط دخول من سيولد من أولاده وغيرهم في الوقف صح تبعاً للموجودين
أما لو شرط إدخال من يولد أو من يريد مع الموقوف عليهم فإنه يصح عند المص لأنه شرط لا ينافي
مقتضى الوقف لأنه يصح اشتراط دخولهم فيصح اشتراط ~~ذلك في العقد إدخال من يولد ومن~~
إدخاله إياهم سواء كان الوقف على الأولاد الأصاغر وغيرهم بخلاف ما إذا أطلق ولم يشترط
ذلك فلا على قول من جوز ذلك إذا كان الوقف على أولاده الأصاغر على ما سيأتي عن قريب إن
شاء الله تع ويظهر من عبارة الدروس أن اشتراط ذلك في العقد يقتضي البطلان وهو بعيد
لعدم المنافاة وعموم قوله عم الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها والأصح الصحة فإن مثل هذا أيضاً

منافٍ للوقف من حيث انه ادخال من سيوجد يقتضي نقصان حصة الموقوف عليهم فيكون
ابطالاً للوقف في ذلك البعض بالنسبة اليهم قلنا اولاً ان العقد لما تضمن هذا الشرط لم يكن
لهم حق الا معه فلم يستحقوا شيئاً يبطل بالشرط وثانياً ان الوقف يجب لزومه في حق الموقوف
عليهم في الجملة اما في قدر النصيب فلا قطعاً لانه لو وقف عليهم وعلى عقبهم لكان نصيب الموقوف
بعد حصول العقب ينقص قطعاً ولو شرط نقله عن الموقوف عليهم الى من سيوجد بطل على
اشكال ينشأ من ان وضع الوقف على الدوام فاذا شرط نقله فقد شرط خلاف مقتضاه فيبطل
الشرط والعقد ومن عموم الرواية عن العسكري ع وانه يجوز الوقف على اولاده سنة ثم على المسا كين
وادعى المص في التذكرة على صحته الاجماع وذلك يقتضي منع منافاة الشرط لمقتضى الوقف ولانه
يصح الوقف باعتبار صفة للموقوف عليهم كما لو وقف على اولاده الفقراء فاذا زالت انتقل الى
من بعدهم قطعاً وذهب الشيخ الى البطلان بذلك محتجاً بالاجماع وهو الاصح ويمكن الفرق
بين ما هنا وبين المثال الوقف بصفة في الموقوف عليهم مثل فقراء اولاده وفقهائهم بان الوقف
في الثاني لم يكن على الاولاد بل على الفقراء منهم فاذا زال الفقر استحق الموقوف عليهم فكان ذلك
جارياً مجرى حضورهم وموتهم بخلاف ما اذا ثبت الوقف لهم وشرط نقله عنهم باختياره فان ذلك
ابطال للوقف باختياره وكذا الاشكال لو قال على اصاغر اولادي سنة ثم على الفقراء منشأ
الاشكال هنا قريب مما سبق نقله فان ثبوت الملك للاولاد بالوقف يقتضي ان لا ينتقل عنهم
الا بسبب ناقل شرعاً فهذا الشرط مناف لمقتضى الوقف فيبطل ومن انه وقف مؤبد متصل
الابتداء والانتهاء والوسط وادعى المص في التذكرة على صحة هذا الوقف الاجماع وافتى به
في كتبه فلا سبيل الى القول بالبطلان لان الاجماع المنقول بخبر الواحد حجة قال وكذا لو قال
هذا وقف على ولدي مدة حياتي ثم هو بعد موتي للمساكين صح اجماعاً واعلم ان بين هذه التي
قبلها فرقاً من حيث انه في تلك شرط نقله عن الموقوف عليهم الى من سيوجد وفي هذه وقفه
على الاولاد سنة ثم بعد مضيها هو وقف على المساكين فينتقل اليهم من غير ان ينقله هو
ولو وقف على اصاغر اولاده لم يجز له ان يشارك غيرهم مع الاطلاق على راي ذهب الشيخ
في النهاية الى جواز ذلك وكذا ابن البراج لكنه منع من ذلك اذا كان قد شرط قصره على المو جودين
محتجين برواية عبد الله بن الحجاج عن الصادق ع في الرجل يجعل لولده شيئاً وهم صغار ثم يبدو
له ان يجعل معهم غيرهم من ولده قال لا باس وقريب منها رواية محمد بن سهل عن ابيه عن ابي

الحسن عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده الحديث ولا دلالة فيهما على ان
ذلك وقع على سبيل الوقف لان الجعل والصدقة اعم منه بل لو لم يكن السبب مقتضياً للد مم
فالاصح عدم الجواز وفاقاً للباقي لاصحاب وهو قوي مع ظاهر النصوص ويجوز ان يشرط
النظر لنفسه وللموقوف عليه وللاجنبي لا ريب ان كل شرط لا ينافي مقتضى الوقف
يجوز اشتراطه في العقد ويجب الوفاء به حينئذ ولا شبهة في ان اشتراط النظر للواقف
لا ينافي الوقف بل ربما كان ادخل في جريانه على جهة الوقف وكذا غيره وعموم الكتاب
والسنة تقتضي وجوب العمل بهذا الشرط ومنع ابن ادريس من جواز اشتراط الواقف
النظر لنفسه وهو ضعيف نعم لو لم يكن الاشتراط في متن العقد لم يعتد به فان لم يعين
كان الى الموقوف عليه ان قلنا بالانتقال اليه وسيأتي ان شاء الله تم بيان انتقال الوقف
الى ملك الموقوف عليه ان كان معيناً والى الله سبحانه ان كان غير معين فحينئذ ان لم يعين الواقف
من اليه النظر كان النظر الى الموقوف اليه لانه المالك حقيقة ان قلنا بانتقال الملك الى الله
سبحانه فالنظر الى الحاكم وان قلنا ببقاء الملك للواقف فالنظر له واحتمل بعضهم كون النظر له
مع نظر اشتراطه لغيره وان قلنا بانتقال الملك عنه نظراً الى ان الملك والنظر كانا له فاذا زال
احدهما بقي الآخر ولو شرط بيعه متى شاء او هبته او الرجوع فيه بطل الوقف لمنافاة
ذلك كله مقتضى الوقف فلا يبطل به ولان الشرط شرط وشرطته فاطمة عليها السلام ولا
فرق بين كون الاهل واجبي النفقة وعدمه فتسقط نفقتهم بذلك ان استغنوا الا الزوجة
فان نفقتها كالدين بخلاف نفقة القريب فانها لدفع حاجته وتوقف في الدروس في جواز
اشتراط الاكل للزوجة ويظهر منه التردد في بقاء نفقتها معه وليس بجيد لان نفقتها
ليست تابعة لفقرها حتى لو شرط نفقتها الواجبة عليه من الوقف بطل قطعاً كما لو شرط قضاء
نفسه فلا وجه لما ذكره ولم يتعرضوا لتفسير الاهل ههنا فلا يصح وقف الصبي وان
بلغ عشراً وقد ورد في عدة اخبار جواز صدقته اذا بلغ عشراً وذلك يؤذن بجواز وقفه
اذ الوقف صدقة والاصح عدم الجواز لان عبارته لا يعتد بها لرفع القلم عنه والحجر عليه
في التصرف المالي ثابت ومثل هذه الاخبار لا تنهض معارضاً للمتواتر ولا المكره لا شك
في عدم وقوعه من المكره لعدم القصد لكن لو رضي بعد ذلك فيتجه لم يصرحوا بشيء ههنا وانما
ذكروه في البيع ويجيء على اشتراط القربة عدم النفوذ لانتفاء الشرط وقصدها بعد ذلك يحتمل

كونه غير مؤثر ويتحقق الاكراه بالخوف على النفس والمال وان قل والعرض وان كان من اهل
الاحتشام ولا الفضولي سياتي في كلامه ان الاقرب لزوم مع الاجازة فيكون رجوعاً
عن هذا الا ان يحمل على ان المراد عدم صحته بنفسه من دون الاجازة ولا المحجور عليه
او فلس ذكر الشهيد انه اذا اجاز الغرماء يصح وعلى هذا فاذا اجاز الولي وقف السفيه صح مع
لصحة عبارته ويصح وقوعه من المالك ووكيله اما صحة التوكيل فيه لانه فعل لم يتعلق
غرض الشارع بايقاعه من مباشر معين ولو وقف في مرض الموت خرج من الثلث مع
عدم الاجازة لان الوقف من التبرعات اللهم الا ان ينجزه في حال الصحة وكذا لو جمع
بينه وبين غيره اي يخرج مع ذلك الغير من الثلث اذا كان تبرعاً بان لم يكن واجباً مالياً
ويبدا بالاول فالاول اي لو ضاق الثلث عن التبرعات مرتب بينها يبدا بالاول ثم الذي
بعده فيختص البطلان بالذي ضاق عنه الثلث مما وقع اخراً ولو قال هو وقف بعد موتي
احتمل البطلان والحكم بصرفه الى الوصية بالوقف لا ريب انه لا يراد بهذه الصيغة الخبر قطعاً
فيتعين ان يراد بها الانشاء وهي بنفسها انما تدل مطابقة على انشاء الوقف بعد الموت بهذه
الصيغة الاتي بها الان وذلك يقتضي البطلان لا محالة لكون الصيغة سبباً تاماً في حصول
الوقف بل يكون لحصول اثره دخل في ذلك وذلك معنى التعليق فيكون باطلاً لان العقود انما
تصح اذا كان سبباً تاماً في انشاء ما يطلب بها والا لم يترتب عليها اثرها وذلك هو معنى
البطلان ولا دلالة لها على الوصية الا ان يتكلف بتقدير ما لا يدل عليه اللفظ ولا يدل
عليه دليل بان ينزل على ان المراد به جعله وقفاً بعد الموت وارتكاب مثل ذلك
محض واجراء الاحكام الشرعية على امثال هذه الالفاظ التي لا دلالة لها على المراد من الامور
المستبعدة جداً فقد سبق انه لو قال قائل لاخر اقبض ديني الذي على فلان لك لم يصح وان
كان المامور ذا دين عند الامر وقد سبق في الوكالة انه لو قال اشتر لي بمالك كذا لم يصح مع
ان المراد معلوم والتقدير ممكن والاحتجاج بان ذلك مستعمل في الوصية كثيراً وبان
الاصل الصحة ولا يتحقق الا بالحمل ضعيف يمنع الاستعمال الحقيقي والتزام عدم تاثيره ما
لم يصر معنى اللفظ حقيقة او مجازاً واصالة الصحة في الصيغة المذكورة لا يقتضي جعلها وصية
ما لم ينضم اليها ما يدل على ذلك وفي حواشي الشهيد ان هذا اذا لم يعلم القصد فان علم
فلا بحث وفيه نظر لان مجرد القصد لا تاثير له ما لم يوجد اللفظ الدال عليه حقيقة او مجازاً

والذي

والذي يقتضيه النظر وسوق الحكم في نظائره البطلان نعم لو شاع استعمال ذلك في الوصية
والشيء لم يبعد القول بصحته وصيته   فلو وقف على المعدوم ابتداء أو على الحمل كذلك
لم يصح المراد بقوله كذلك كونه ابتداء والمراد بكونه ابتداء أن يكون هو الطبقة الأولى فأما
المعدوم فظاهر وأما الحمل فلأنه لم يثبت تملكه إلا في الوصية ولعدم القطع بحياته والفرق
بين الوصية والوقف أن الوصية تتعلق بالمستقبل والوقف تسليط في الحال واحترز بقوله
ابتداء عما لو وقف على المعدوم والحمل تبعاً لغيره فإنه يصح كما لو وقف على أولاده ومن
سيولد له الموجود من يصح الوقف به وقد صرح بهذا المحترز بقوله ولو وقف عليهما تبعاً
للموجود صح   ولو وقف على أحد الشخصين وأحد القبيلتين أو على رجل غير
معين أو امرأة بطل أي امرأة غير معينة ووجه البطلان انتفاء الموقوف عليه لأن ما
ليس بمعين في نفسه ليس بموجود ولأن الوقف يقتضي التمليك ولا يعقل تمليك من ليس معيناً
ولو وقف على قبيلة عظيمة كقريش وبني تميم صح استشهد للصحة في التذكرة
العلماء أيضاً فظاهره الإجماع على ذلك ووجه الصحة ظاهر فإن انتشار القبيلة لا يمنع صحة
الوقف كالموقوف على الفقراء والمساكين فإنه يصح اتفاقاً وقال ابن حمزة من أصحابنا و[illegible]
لا يصح الوقف على من لا يمكن استيعابهم وحصرهم وهو منتقض بالوقف على الفقراء ولو وقف
على أهل بلد كبغداد أو أهل قطر كالعراق أو على كافة بني آدم صح عندنا   ولو قال وقفت
أو هذه صدقة موقوفة ولم يذكر المصرف بطل لأن الموقوف عليه أحد أركان العقد وقد
أخل به ولا يحمل ذلك على إرادة عموم الوقف لانتفاء ما يدل على ذلك وقال ابن الجنيد إذا
قال صدقة لله ولم يسم صرف في مستحقي الزكاة وهو ضعيف   ولو وقف على المسلمين
فهو لمن صلى إلى القبلة أي لمن دان بذلك وكان شأنه باعتبار معتقده أن يفعله وهذا هو قول
أكثر الأصحاب نظراً إلى عموم اللفظ ويندرج في المسلمين من كان بحكمهم من أطفالهم ومجانينهم
صرح به ابن حمزة والمص في المختلف لاندراجهم فيهم باعتبار الاستعمال الشائع ودخولهم
تبعاً كما يدخل الإناث في صيغة الذكور وقال ابن إدريس إنه إذا وقف المسلم المحق لاندراجهم
فيهم باعتبار الاستعمال الشائع المحق شيئاً على المسلمين كان ذلك للمحقين من المسلمين لدلالة فحوى
الخطاب وشاهد الحال عليه كما لو وقف الكافر شيئاً على الفقراء كان ذلك مخصوصاً بفقراء أهل
نحلته خاصة لشهادة دلالة الحال عليه ويضعف بأن تخصيص عام لا يقتضي تخصيص عام آخر

وما ادعاه من دلالة فحوى الخطاب وشاهد الحال على ذلك ممنوع والفرق بين المسلمين والفقراء
تام فان ارادة الوقف على جميع الفقراء على اختلاف آرائهم ومقالاتهم وتباين معتقداتهم امر
تشهد العادات بنفيه فلما لم يكن دليل على التخصيص تمسكنا بقرينة الحال والتبرز فاما الوقف
على جميع المسلمين فانه امر راجح في نظر الشارع مطلوب ومثله واقع كثيرا فيجب اجراؤه على ظاهره
ويحرم الخوارج والغلاة اي يخرجون من الوقف فلا يكونون اهلا لاطلاق الوقف على المسلمين تناولا
لهم لانهم كفار ولا وجه لتخصيصهم بالذكر بل كان من حقه ان يذكر ما يقتضي كفره لا يندرج فيهم فكذا
ان العبارة لا تتناول الجميع واستثنى في الدروس من خرج انتهى اذا كان الواقف منهم وفيه قوة
ولو وقف على المومنين فهو للاثني عشرية وقيل لمجتنبي الكبائر اطلاق المومنين على الاثني
عشرية هو المتعارف بين الاصحاب والقائل باشتراط مجانبة الكبائر هو الشيخ في النهاية وهو ضعيف
لان الفاسق مندرج في المومنين قال المص في المختلف التحقيق ان الايمان ان جعلناه مركبا من الاعتقاد
القلبي والعمل بالجوارح لم يكن الفاسق مومنا وان جعلناه عبارة عن الاول كان مومنا والحاصل
ان قول الشيخ ضعيف ومنشؤه قوله آخره البنيان يقتضي دخول الفساق حكاه في التذكرة وهو الصحيح
والشيعة لمن قدم عليا عليه السلام كالامامية والجارودية من الزيدية والكيسانية وغيرهم
انما قيد بالجارودية من الزيدية ليخرج البترية منهم وقد صرح بذلك الشيخان وغيرهما والبترية
ينسبون الى المغيرة وابن سعد ولقبه الابتر وربما وجد بخط بعضهم انه كثير النوى وقال
ابن ادريس اذا كان الواقف من احدى فرق الشيعة حمل كلامه العام على شاهد حاله وفحوى قوله
وخصص به وصرف الى اهل نحلته دون من خالفهم ونفى عنه البأس في التذكرة والمشهور الاول وفيه
اي تنافي ان كان الواقف يعتقد وقوع اسم الشيعة على الجميع كما هو المتعارف فالعمل بعموم اللفظ
كما في المسلمين هو المختار والا حمل اللفظ على من دخل به واعلم ان الكيسانية ينسبون الى كيسان
مولى امير المومنين عليه السلام ويقال انه تلميذ محمد بن الحنفية يقولون بغيبة محمد رضي الله عنه
وانما استثنى الاصحاب البترية من الزيدية لانهم يخالفون قولا اكثر الباقين في ان الامامة لعلي
عليه السلام بالنص بل قالوا انها شورى وجوزوا تقديم المفضول وقريب منهم السليمانية
والزيدية كل من قال بامامة زيد بن علي هو علي بن الحسين عليهما السلام ويقولون
ح ٣ بامامة كل من خرج بالسيف بعده من ولد فاطمة عليها السلام من ذوي الرأي والعلم والصلاح
فاذا وقف عليهم صح واستحقه اهل هذه المقالة عند اكثر الاصحاب وشرط ابن ادريس في صحته

كون

كون الواقف زيديًا فلو كان اماميًا لم يصح عنده وهو ضعيف   واذا وقف على قبيلة او علق بالنسبة الى اب دخل فيهم الذكور والاناث بالسوية الا ان يعين ويفضل الوقف على القبيلة مثل الوقف على همدان وبجيلة وتعليق الوقف بالنسبة الى اب مثل الوقف على الهاشمي والعلوي والحسيني وانما دخل فيه الذكور والاناث لانه يتناول كلًا منهما لان المراد من كان هنا سيما ولفظ الذكور يتناول الاناث تغليبًا ويكونون سواء لاستواء الاطلاق بالنسبة اليهم نعم لو عين الوقف لاحدهم تعين وكذا لو فضل احدهما على الآخر وجب اتباعه عملًا بالشرط

ولا يعطى من انتسب بالاب دون الام خاصة كالعلوية فانه يندرج تحته كل من انتسب الى علي من جهة الاب ولا يعطى من انتسب اليه بالام خاصة على راي لان ولد البنت لا ينسب الى ابيها عند اكثر الاصحاب وقد سبق تحقيق المسئلة في الخمس والمخالف في الموضعين واحد والاصح ما عليه الاكثر   ولو وقف على جيرانه فهو لكل من يصدق عليه عرفًا انه جار وقيل لمن يلي داره الى اربعين ذراعًا من كل جانب وقيل الى اربعين دارًا الاول مختار المصنف وجماعة من الاصحاب وهو الاصح لان الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية والثاني قول اكثر الاصحاب وهو المشهور بينهم وان كانت عبارة ابن البراج تؤدي ما ليس مرادًا له ذكرها المصنف في المختلف وبين ما فيها والثالث قول لبعض الاصحاب لرواية عائشة عن النبي صلى الله عليه وآله انه سئل عن حد الجوار فقال الى اربعين دارًا   ولو وقف على من لا يملك بطل كالمملوك الا في قول وكالحربي وفي حكمه المرتد عن فطرة والمراد بالمملوك الرق ولا يتعرض الوقف الى مولاه خ في قوله ولو وقف على من لا يملك بناء على ان العلة عدم صحة الوقف على العبد مع تحققه ان الوقف تمليك عين او منفعة والاصح ان القولين عندنا امتناع ملكية العبد ويجي على القول بصحة تملكه جواز الوقف عليه وعلى المنع لو وقف على عبد غيره بطل وفي احد قولي الشافعي انه يكون وقفًا على سيده ولا فرق في ذلك بين القن وام الولد والمدبر   ولا الميت ولا الجن ولا الشياطين لعدم صلاحيتهم للتملك   ولا المكاتب ولو عتق بعضه صح فيما قابل الحرية لا ريب ان المكاتب رق وان انقطعت سلطنة المولى عنه فلا يصح الوقف عليه سواء كان مطلقًا او مشروطًا نعم لو صح لانه في الحقيقة وقف على المسلمين لكن هو صرف الى بعض مصالحهم لما كان الوقف على المصالح والقرب في الحقيقة وقفًا على المسلمين لانهم المنتفعون بالمسجد والتردد اليه للعبادة ولاقامة شعار الدين لكن على هذا الوجه المخصوص والمصلحة المعينة وكذا القول في الوقف على القناطر والمشاهد والكنائس فان الموقف مونة القناطر والخانات   بخلاف الوقف على البيع والكنايس وبيوتها فانه لا يجوز

يريد ان ... بعض ... الكنايس ... الوقف ... الرباط ... المعاهد ... ما ... انما ... ما فيها

لانهم منتفعون به ... لا يقال انه لا بطلانه من حيث انه الوقف على بيت غاية ما هناك انه وقف على المسلمين في مصلحة خاصة فاذا وقف على المسجد كان وقفًا على المسلمين

كان في الحقيقة وقفا على اهل الذمة وقلنا بجواز الوقف عليهم لان الوقف على المساجد وقف على
المسلمين في جهة خاصة هي طاعة وقربة واما الوقف على البيع فانه وقف على اهل الذمة في جهة خاصة
هي معصية فان اجتماعهم فيها للعبادات المحرمة والكفر وشتم الرسول صلى الله عليه وآله والتدين
عليها معونة على ذلك هذا هو مقصود المص وان كانت العبارة لا تؤدي هذا المعنى على الوجه
لهم المراد وان امكن تكلف حمل قوله فانه لا ينصرف الى مصالح اهل الذمة على انه لا ينصرف الى مطلق مصالحهم
بل الى ما يعد من مصالحهم معصيه لكن في   ولو وقف على البيع والكنايس تكرار لا فائدة فيه
لان المنع من ذلك قد استفيد من قوله بخلاف الوقف على البيع لان المتبادر منه ان مخالفته
لما قبله في عدم الصحة اذ لو حمل على ان المراد المخالفة باعتبار انه لا ينصرف الى مصالح اهل الذمة
لكان كلاما مع فساده عريا عن الفائدة لان البحث عن انصرافه الى مصالحهم وعدمه ههنا انما
هو لغرض صحة الوقف وفساده واما الوقف على معونة الزناة وقطاع الطريق وعلى كتبة التورية
والانجيل ونحو ذلك فانه فاسد لان ذلك كله محرم لان الاعانة على فعل المعصية معصية
ومن شرط صحة الوقف كونه قربة واما التورية والانجيل فانهما منسوخان محرفان فيحرم كتبتهما
والنظر اليهما وقد روى العامة ان رسول الله صلعم خرج الى المسجد فراى في يد عمر صحيفة فيها شيء من التورية
فغضب النبي صلعم لما راى الصحيفة في يد عمر وقال له افي شك انت يا ابن الخطاب الم آت بها بيضاء نقية
لو كان اخي موسى حيا لما وسعه الا اتباعي ولولا ان ذلك معصية لما غضب منه قال الشيخ ان العلة في
التحريم انما محرفان لان النسخ لا يذهب بحرمتهما كالمنسوخ من القرآن قال وهذا لا اختلاف فيه
ويشكل بان في كتبهما فسادا آخر وهو مخالفة الملتين للتنا بخلاف منسوخ القرآن وقد سبق في
البيع جواز حفظهما وغيرهما من كتب الضلال لغرض النقض والحجة فلا مانع من جواز الوقف
على ذلك ولم يذكروه   ويصح من الكافر هذا مناف لما سبق من اشتراطه في الوقف التقرب الا
ان يريد به كونه مما يتقرب به فيصح حينئذ وقفا للكافر اذا كان في نفسه قربة لكن يرد ان المص جوز
صدور الوقف من الكافر على نحو البيع والكنايس لا على نحو بيوت النيران محتجا بان الاول بيت
عبادة الله سبحانه بخلاف الثاني مع انه قد تقرر ان الوقف عليهما معصية وكان نظر الى ما يعتقده
الواقف فيفرق بين المسلم والكافر في ذلك وفي الفرق نظر لان ذلك لو اثر بالنسبة الى الوقف على بيوت
عبادة النيران   وفي وقفه على الذمي خلاف والاقرب المنع في الحربي والصحة في المرتد عن
غير فطرة   اختلف الاصحاب في جواز الوقف على الذمي على اقوال الاول المنع مطلقا وهو قول
سلاق

سلار وابن البراج لقوله تع لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله
ورسوله ولو كانوا آباءهم او ابناءهم الآية والوقف نوع موده فيكون منهيا عنه فلا يكون
طاعة الثاني الجواز مطلقا حكاه الشيخ في المبسوط واختاره نجم الدين بن سعيد لقوله تعالى
لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم الآية
ولقوله ع على كل كبد حرى اجر الثالث الجواز اذا كان الموقوف عليه قريبا دون غيره وهو
مختار الشيخين وابي الصلاح وابن حمزة لقوله تع وصاحبهما في الدنيا معروفا ووصينا الانسان
بوالديه حسنا والاوامر الكثيرة في صلة الرحم وهذا القول ليس بعيدا من الصواب فان قيل
قوله تع لا تجد قوما الآية نص في المنع من ذلك لان الوقف على الانسان مودة له قلنا اولا يمنع
ذلك فان المفهوم من الموادة غير ذلك ويؤيده قوله سبحانه في حق الابوين الكافرين وصاحبهما جهاه
في الدنيا معروفا فانه ليس من الصحبة بالمعروف ترك صلتهما مع حاجتهما ولا يبعد ان يكون المراد
من الآية المباعدة لاعداء الله والتصلب في مجانبتهم على وجه لا يمنع صلة الرحم وحسن المصاحبة
للوالدين المامور بهما ويكون كل من الامرين جاريا على ظاهره او يقال ان المباعدة بالنسبة الى كل
شخص بحسب حاله ففي الوالدين والاقارب ما وراء الصلة المامور بها بخلاف غيرهم والجواب عن
قوله تع لا ينهاكم الله الآية انه لا دلالة فيها على المراد وظاهرها يقتضي جواز الوقف على بعض الحربيين
والمنع من بعض اهل الذمة الذين سبق منهم القتال ولعل المراد النساء والصبيان اذ ليس من
شأنهم القتال وهو قول لبعض المفسرين بل نقل انها منسوخة ويشكل بانه يلزم جواز الوقف
على النساء والصبيان مطلقا وكيف كان فالاولى الاقتصار على الرحم هنا المشهور ووجه القرب
في المنع من الوقف على الحربي ان ذلك مناف للمباعدة والمجانبة المامور بها لا انتفاء القرابة المقتضية
للصلة فيكون الوقف نوع موده ويحتمل ضعيفا الجواز لعموم قوله ع على كل كبد حرى اجر ووجه
الضعف في الصحة على المرتد عن غير فطرة انه بحكم المسلم ويشكل بان ذلك في خصوص الاحكام لا في جواز
موادته والاصح ان المرتد كغيره من الكفار اما المرتد عن فطرة فلا يجوز الوقف عليه اصلا ان كان
رجلا لوجوب قتله اما المرأة فانها كالمرتد عن غير فطرة ويصح الوقف على الفاسق و الغني
المراد صحة الوقف على الشخص الفاسق لكن لا من حيث كون وصف الفسق مناط الوقف لانه من هذه
الجهة معصية فلا يصح قال المص في التذكرة اذا وقف على الكفار والفساق فان كان ذلك لاعانتهم على
فسقهم وكفرهم بطل الوقف قطعا وان كان لنفعهم في بقائهم فقد بينا الخلاف فيه فساوى بين

الكفار والفساق في الحكم ومقتضى عبارته ان في الوقف على الفساق لفسقهم في بطلانه خلافاً
وهو موضع تأمل اللهم الا ان يريد بذلك الخلاف للعامة   ولو وقف على أقاربه اشترك
الذكور والاناث بالسوية الاقرب والابعد ويحمل على من يعرف بانه قرابة له اما الاشتراك
الذكور والاناث فقد سبق ما يصلح ان يكون بناء له واما اشتراك الاقرب والابعد فلان
الغرض شمول اسم القرابة لهما ويستوون في القسمة لانتفاء المقتضي للتفضيل وقوله ويحمل ع
اشارة الى معنى الاقارب ومن يراد بهم وتحقيقهم ان الاقارب من صدق عرفاً عليه اسم القرابة
ممن اشترك معه في النسب   فلو بعد الشخص جداً بحيث يكون الاشتراك بينه وبين الواقف في
جد لا يعد مثله قريباً لم يدخل لان المعتبر في ذلك العرف ولانه لو كان مطلق الاشتراك في النسب
موجباً للقرابة لكان جميع الناس اقرباء لاشتراكهم في آدم   ولو شرط الترتيب او التفضيل
او الاختصاص لزم لو شرط الترتيب في الاقارب بين الاقرب والابعد او بين الطبقة الاولى
والثانية مثلاً او تفضيل الاقرب على الابعد مثلاً او اختصاصه دونه وجب اتباع الشرط لانه
وقف لا ينافي مقتضى الوقف فيجب الوفاء به   ولو وقف على وجوه البر واطلق فهو للفقراء
والمساكين وكل مصلحة يتقرب بها الى الله تعالى البر بكسر الباء الصلة والخير والاتساع في الاحسان
ذكر نحو ذلك في القاموس فالوقف على وجوه البر او على وجوه الخير وفي على وجوه القربات
كلها كبناء القناطر وعمارة المساجد والمشاهد واعانة الحاج والزائرين واكفان الموتى و
الحج والعمرة والغزو ونحو ذلك   ويصرف الوقف على المنتشرين الى من يوجد منهم لما كان
الوقف على المنتشرين الذين ليسوا بمنحصرين ليس وقفاً على جملة اشخاص هم بل هو وقف على جهة
مخصوصة ومصرفها اولئك المنتشرون فاذا وقف على بني هاشم مثلاً كان مصرف الوقف من
كان هاشمياً لم يجب تتبع جميع المنتشرين في ايصال نماء الوقف عليهم بل يجب صرفه الى من كان
موجوداً في البلد لرواية علي بن سليمان النوفلي عن ابي جعفر الثاني ع انه كتب اليه في مثل ذلك
فاجاب بان الوقف لمن حضر البلد الذي هو فيه وليس لك ان تتبع من كان غائباً وفي التذكرة اكتفى
بالصرف الى ثلثة منهم في اول كلامه ثم قال هكذا قال بعض الشافعية والاولى الصرف الى جميع
من يحضر البلد منهم واحتج بالرواية المذكورة واعلم انه لا فرق في ذلك بين كون الوقف على من لا
ينحصر في ابتداء الوقف وانتهائه وبه صرح في التذكرة وظاهر الرواية يتناوله   ولو وقف المسلم
على الفقراء اختص بفقراء المسلمين ولو وقف الكافر اختص بفقراء نحلته عملاً بشاهد الحال فانه

فان

قاض بعدم ارادة فقرآء كالرملة ونحله فيحمل على فقرآء المسلمين لانتفاء ما يدل على غيرهم
ولو وقف على مصلحة فبطل رسمها صرف في وجوه البر هذا اذا لم يمكن صرف الوقف اليها بعد بطلان
رسمها فلو امكن تعين وانما يصرف الى وجوه البر حيث لا يمكن ذلك لان عوده ملكا بعد خروجه
عن ملك المالك على وجه الحبس باطل واقرب شيء الى مراد الواقف صرفه في وجوه القربات
لاشتراكها في القربة فان قيل صرفه في قربة تشابه تلك المصلحة التي بطل رسمها اقرب قلنا
لما بطل رسم المصلحة المخصوصة وامتنع عود الوقف ملكا كانت وجوه البر كلها بالنسبة الى عدم
تعلق عقد الوقف بها كلها على حد سوآء لا اولوية لبعض على البعض لان المشابه وغيرها
سوآء في عدم شمول العقد لها ومجرد المشابهة لا دخل لها في تعلق الوقف فيبطل العقد ويبقى
اصل الوقف من حيث القربة   يصح الانتفاع بها مع بقائها لو قال الصحيح الانتفاع بها دائما مع
بقائها ليخرج الرياحين وما اشبهها لكان احسن فقد صرح المص بعدم جواز وقفها في التذكرة
وتردد الشهيد في الدروس وعدم الجواز لا يخلو من قوة لان المفهوم من النصوص كون الوقف
ذا بقاء وصحة غيره يحتاج الى دليل   فلا يصح وقف الدين اجماعا سواء كان على معسر او موسر حالا
او مؤجلا   ولا المطلق كفرس غير معين وعبد في الذمة او ملك مطلق اي وكذا لا يصح وقف
الشيء المطلق الذي ليس من الاعيان كما لو وقف فرسا ولم يعين وان وصفها او عبدا كذلك
والمراد بقوله غير معين انه غير مشخص الا انه غير موصوف وقوله في الذمة لو اعتبر فيه كلا من
الفرس والعبد امكن والمراد بقوله او ملك مطلق ان يقف ملكا من الاملاك ايها كان ولا يتحقق
ويجوز ان يراد به ان يقول وقفت ملكا ويقتصر على ذلك فان الوقف لا يصح في شيء من هذه
المواضع اتفاقا   ولا ما لا يصح تملكه كالخنزير نعم لو وقفه الكافر على مثله فالاقرب
الصحة وجه القرب انه مملوك للكافر يصح نقله بالبيع ونحوه من اسباب النقل فجاز وقفه
لان المانع من وقفه في حق المسلم انما هو عدم كونه مملوكا له ويحتمل العدم لامتناع التقرب به ولا
ريب ان البحث في هذه المسألة فرع صحة الوقف من الكافر وانما تتحقق صحته اذا لم يشترط
فيه التقرب واكتفينا بتقرب الكافر بحسب معتقده وان كان بعيدا لان التقرب انما يكون
بالفعل المثمر للتقرب ولهذا لا يصح من الكافر شيء من العبادات ثم انه لا دليل يدل على
اشتراط قصد التقرب في الوقف الا اطلاق اسم الصدقة عليه ولا يخفى ان اشتراط التقرب
في صدق اسم الصدقة محل نظر نعم قد يقال انه لما كان شرع فيه حق اشترط كونه قربة في

نفسه فاذا تحقق انه ما لم يثبت صحة وقف الكافر لا يمكن الخوض في هذه المسئلة فاعلم انه بناءً
على الصحة لا ريب في الخنزير اذا لم يتظاهر به اهل الذمة معدود مالاً لهم كساير الاموال
والمعتبر كونه قربة بالنسبة الى الواقف فاما هو المعروف دون نفس المال اذ لا يعتبرونه الا عدة
مالاً في نظر الشارع فلا فرق حينئذ بين وقف الكافر الشاة او الخنزير وهذا انما هو فيما نفعل
الينا والا فلا نعرض لهم فيما يجري بينهم الا المناكير اذا تظاهروا بها فما قربه المص هو الاصح
ولا الحر نفسه لخروجه عن ان يقدر مضموناً على الرق المعين ولا ان يقف الحر نفسه ومجد
على انه متوكد للحجر وجه عدم الصحة ان شرط الوقف الملك وهو منتف هنا   ولا مالاً
يملكه الواقف كملك الغير وان اجازه فالاقرب اللزوم اي لا يصح وقف ما لا يملكه الواقف والمراد
بعدم الصحة عدم اللزوم والا لكان منافياً لقوله وان اجازه فالاقرب اللزوم ووجه القرب انه
عقد صدر من صحيح العبارة قابل للنقل وقد اجازه المالك فيصح كالبيع والنكاح ويحتمل العدم
لانتفاء دليل الصحة وما سبق ضعيف فان عبارة الفضولي لا اثر لها وتاثير الاجازة غير معلوم
مع ان بعض اقسام الوقف فك ملك فلا اثر لعبارة الفضولية قال المص في التذكرة في هذه المسئلة
ولو اجاز المالك قيل يصح لانه كالوقف المستانف ولم يفت بشيء وكذا توقف شيخنا الشهيد في الدروس
وعدم الصحة قوي   ولا المستاجر ولا الموصى بخدمته   اذا آجر المالك العين ثم وقفها
قال في التذكرة ان اقبضها باذن المستاجر فلا باس والا لم يصح القبض ولا يثمر لعدم الوقف
حينئذ ووقف المالك العين المؤجرة لا مانع من صحته وكذا العين المغصوبة   وقال بعض الشافعية
ان وقف المؤجرة مخرج على الوقف المنقطع الاول وعبارة المص هنا يحتمل ان يريد بها عدم صحة
وقف المستاجر من المالك لكنه يشكل بانه لا يقع فاسداً غايته ما في الباب انه لا يتم الا بالقبض ويحتمل
ان يريد بها عدم صحة الوقف من المستاجر لانه ليس بمالك للعين فلا يملك نقلها ولا حبسها والمنافع
لا يتصور فيها معنى الوقف وكذا القول في الموصى بخدمته اذا وقفه الموصى له ولو وقفه الورثة
فقد قال في التذكرة وقف الورثة الموصى بخدمته شهراً كوقف المستاجر وهنا شيء وهو ان
الوصية بالخدمة لو كانت دائماً ففي صحة الوقف حينئذ تردد لان العين حينئذ مسلوبة المنفعة
فيكون كوقف ما لا منفعة فيه ولم اظفر فيه بكلام للاصحاب ولعل اقتصار المص في التذكرة على
ذكر الموصى بخدمته شهراً لاستشعاره شيئاً في اطلاق الحكم   ولا وقف الطعام واللحم
والشمع لان منفعته هذه المطلوبة منها عرفاً انما تكون باتلافها ولا يعتد بمنفعة الشمع بنحو الزينة

وماجرى

وما جرى هذا المجرى وكذا كل ما لا ينتفع به الا باتلافه لا يصح وقفه لان الوقف يقتضي تحبيس الاصل واطلاق المنفعة وهو منتف هنا وفي الدراهم والدنانير اشكال بناء على ان المنفعة المطلوبة منهما عرفا انما تكون باتلافهما او ذلك تلاف ومن امكان منفعة التحلي بهما او الضرب على سكتهما فالاشكال ناشئ من التردد في ان لهما منفعة مقصودة مع بقائهما وعدمه ونقل في المبسوط الاجماع على المنع الا من شذ والحق انه ان كان لهما منفعة مقصودة عرفا سوى الاتلاف صح وقفهما والا فلا ولا وقف الابق لتعذر تسليمه ظاهره انه لا يصح وقفه كما لا يصح بيعه وان امكن تسليمه بعد العقد وليس كذلك بل العقد صحيح ويتم بالقبض ان امكن فلو تعذر اصلا بطل والفرق بينه وبين البيع انه معاوضة فيقتضي امكان تسليم العوض والاختصاص بالبيع بالنص ويصح وقف المشاع لان مقصود الوقف وهو تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة يحصل به ومنع من ذلك بعض العامة ومن ينعتق على الموقوف عليه فيبقى وقفا اي يصح وقف من ينعتق على الموقوف عليه كغيره ولا ينعتق بدخوله في ملكه بالوقف على القول به بل يبقى وقفا لان العتق دائر مع الملك التام وملك الموقوف عليه غير تام بل هو محبوس لا يقبل الزوال وقبضه كقبض البيع ايضا سواء ويصح وقف كل ما ينتفع به منفعة محللة مع بقائه هذا ضابط الوقوف وكان الاولى ذكره في اول الباب والمراد بما ينتفع اما بالقابلية مطلقا او فيما لا ينتقل ويحول كما سبق تحقيقه وبقصد الشارع فيما به اي بقصد الموقوف كقبض البيع كذلك ما يكون له منفعة مقصودة عرفا فلا يعتد بالنفع اليسير الذي لا يعتد بمثله في العادة كالتفرج على الدراهم ونحو ذلك كالعقار والثياب والاثاث والالات المباحة والحلي والسلاح والكلاب المملوكة والسنور والشجر والشاه والامة والعبد وكذا المصاحف والكتب لان معنى الوقف متحقق في ذلك كله وهو تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وقد روي ان النبي ص قال اما خالد فانه قد احتبس ادراعه واعبده في سبيل الله وقال ابو حنيفة لا يدخل الوقف في الحيوانات وفي الكتب وعن مالك ان المنقول مطلقا لا يجوز وقفه دون المستولدة فانه لا يصح وقفها لان الاستيلاد يقتضي المنع من نقلها عن ملك السيد الى ملك غيره والوقف يقتضي الدوام ما بقي الموقوف فيتنافيان واحتمل في التذكرة الجواز لعدم خروجها عن الملكية ومنع بيعها لا يقتضي منع وقفها لان الوقف يشبه العتق لاشتراكهما في ازالة

النقل الى ملك الموقوف عليه ولانه تعطيل لها عن جهة العتق فكانها عتقته ولان الاستيلاد يقتضي نقلها بعد السيد والوقف يقتضي م

الملك عن المالك الى وجه من وجوه القرب وليس بشيء وربما بني الخلاف وعدمه على ان الملك
في الوقف هل ينتقل عن الواقف ام لا فان قلنا بالاول لم يصح لانها لا تقبل النقل والاصح
ويضعف بانه ان نفذنا فتقضى شروطها منها لانتفاء ثبوت الموقوف ولم يذكروا هنا صحة
وقفها حبسا لاشتراكهما في اصل معنى الحبس كما في الوقف المنقطع الآخر ولو ذكرها لا[illegible] مكن
ولو جعل داره مسجداً دون السفل او بالعكس وجعل وسط داره ولم يذكر الاستطراق
جاز لان كل واحد من سفل الدار وعلوها مملوك يقبل النقل بانفراده فيتصور
وقفه مسجداً او غيره فان وقف العلو اختص الوقف به ويتبعه الهواء فوقه وان وقف السفل
فكذلك لكن يتبعه ما تحته ولو جعل وسط داره او موضعا منه مسجداً صح لما قلناه ويثبت
للموقوف عليه حق الاستطراق كما لو آجر بيتا من داره فانه يثبت للمستأجر حق الاستطراق
وان لم يشترطه للتمكن من الانتفاع عليه   الوقف اذا تم زال ملك الواقف عنه   المراد
بتمامه استجماع ما يعتبر في صحته من الايجاب والقبول حيث يشترط والقبض بالاذن
مع باقي الشروط   وهذا هو قول اكثر العلماء وظاهر كلام ابي الصلاح انه لا ينتقل عن ملك
الواقف وهو قول بعض العامة لقوله عم حبس الاصل وسبل الثمرة ولان شرطه يتبع ولو زال
لما اتبع ولجاز له عتقه وبيعه وغير ذلك من اسباب نقل الملك وانما وجب اتباع الشرط لان
الملك ما زال على هذا الوجه ومن ثم صح ان ينقل عن بيع الاولاد الاصاغر لا يتصرف اذا تم
الوقف لشرطه والذي يدل على انتقال الملك ان الوقف سبب قطع تصرف الواقف في الرقبة والمنفعة
ابداً فوجب ان ينقل به الملك كالعتق وللسياق ان شاء الله تع من الدلائل الدالة على انه ينتقل
الى الموقوف عليه مع تشخصه ولا قائل بالفصل قال في التذكرة وفائدة الخلاف انا اذا حكمنا
ببقاء ملكه لزمه مراعاته والخصومة فيه   ثم انه كان مسجداً فهو فك ملك كالتحرير وان
كان على معين فالاقرب انه يملكه وان كان على جهة عامة فالاقرب ان الملك لله تع اشار بقوله
ثم على ان هذا البحث انما يستقيم بعد ثبوت زوال ملك الواقف وتحقيقه انه بعد تحقق زوال
ملك الواقف لا يخلو اما يكون الموقوف مسجداً او نحوه مما هو فك ملك كتحرير العبد فهنا
لا يشترط فيه القبول من الحاكم ولا من غيره ولا يشترط القبض من الحاكم بل كان من تولاه من المسلمين
صح قبضه ويعتبر في قبضه المطلق للقبض مع الاذن كما سبق ولا يكفي فيه التخلية الا ان
يقع ذلك من الحاكم على الاقرب وقد سبق بيان ذلك كله وكذا المعتق وليس كذلك الوقوف على الجهات

علوه

الفصل الثاني في الاحكام

[illegible]

او نحوه وذلك العين اما ان يكون على معين شخص او على جهة عامة لتبطل الوقف عنه [illegible] غير محصورين فان كان مسجدا ص

العامة

العامه لما عرفت من اشتراط قبض القيم اياها واعتبار القبول على وجه اذا تقرر هذا فمراد
المص بقوله فهو فك ملك كالتحرير الفرق بينه وبين الوقف على الجهة العامه بما قلناه ولما الملك
فالظاهر انه ينتقل الى الله تع في الموضعين ويحتمل ان يريد بتشبيهه بالتحرير زوال الملك
اصلاً وصيرورته كسائر ما ليس بمملوك ولا يقبل الملك كالمعتق ويشكل بانه لو كان كذلك
لم يشترط فيه القبض تبعاً للتابعين فيه حقاً ولا ثمرة مهمة في تحقيق ذلك سوى ما تقدم
واما اذا كان الوقف على معين فالاقرب انه يملكه لانه مال لثبوت احكام المالية فيه ولهذا يضمن
باليمين فكان ملكاً كام الولد وينتقض بحصر المساجد وآلاتها فانها تضمن باليمين وملكها
لله تع كذا قال المص في التذكرة وغايته النقض اذ جعلنا المضمون في الوقف على المعين وقفاً
ولو جعلناه للموقوف عليه لم يتم واحتج الشارح الفاضل برواية علي بن سليمان النوفلي عن ابي
جعفر الثاني ع حيث كتب اليه يسأله عن ارض اوقفها جده على المحتاجين من ولد فلان بن فلان
وهم كثيرون متفرقون في البلاد فاجاب عليه السلم ذكرت الارض التي وقفها جدك وهي لمن
حضر البلد الذي فيه الوقف واللام للتملك والمحكوم عليه الارض لا منفعتها لانها المذكور
السابق وفيه نظر اما اولاً فلان هذا غير المتنازع لان مورد الرواية وقف على منتشرين واما
ثانياً فلانه لو كان المحكوم عليه الارض لم يجز ان يدفع الى غير من حضر في البلد من اهلها شيء لانه
اذا كان الملك لغيره لم يستحق شيئاً وليس كذلك بل الملك لله تع والمتفرقون من اولاد الرجل
مصرف المنفعة والواجب قسمتها على من حضر في البلد منهم حتى لو ذهب فريق وحضر فريق
آخر وقفها الى الفريق الحاضر في وقت وجود المنفعة لان الجميع مصرف ويمكن ان يحتج برواية علي
بن حيان عن الصادق ع المتضمنة جواز بيع الوقف اذا حصل بالموقوف عليهم حاجة ولم يندفع
الا ببيع الوقف فانه لولا ملكهم اياه لم يستحقوا ثمنه ودلالة هذه ظاهرة ان كانت حجة وكيف كان
فالقول بملك الموقوف عليهم اظهر لوجود خصوصيات الملك كلها بالنسبة اليهم سوى نقله الى
مالك آخر وهذا هو قول الشيخ في المبسوط وابن ادريس ونقل ابن ادريس انه ينتقل الى الله
تع وحكاه الشيخ في المبسوط عن قوم ووجهه انه صدقة والصدقة لله تع ودليل المقدمتين
عدة روايات تدل على ان الوقف صدقة ودليل الكبرى صحيحة جميل بن دراج عن الصادق
ع وقد سأله عن رجل تصدق على ولده وهم صغار اله ان يرجع فيها قال لا الصدقة لله تع ولا
دلالة في ذلك لان كون الصدقة لله لا تقتضي ملكه سبحانه اياها دون المتصدق عليه للقطع

بان الصدقة يملكها المتصدق عليه بالقبض وان كان الوقف على جهة عامة فالاقرب ان الملك لله
تع ووجه القرب انا اذا نفينا انتقال الملك عن الواقف يمتنع انتقاله الى جميع افراد تلك الجهة لان
الغرض كونهم غير محصورين فلو ملكه الجميع امتنع صرفه الى البعض وكذا يمتنع انتقاله الى البعض
دون بعض آخر لتساويهم في النسبة ويحتمل ان يكون ملكا للموقوف عليه وهو الكلي ويشكل بان
الكلي لا بد ان يكون موجودا في الخارج لاستحالة ملك من لا وجود له ولا تعين فالاقرب ما قربه
المص واعلم انه ليس المراد بكون الملك لله تع صيرورة الشيء مباحا بل انفكاكه عن ملك الادميين
واختصاصه بهم ويمكن ان يكون اراد المص المسجد بحكم ليس لان الملك فيه ليس على نهج ما اختاره
في الوقف على الجهات العامة لان كلا منهما الملك فيه لله تع بل لانه بحكم المسجد وللمص تنقيح عليه
واما الحكم في الجهات العامة فمختلف فيه كذا قال في التذكرة فلو جمع الكل وعبر بالاقرب لاشعر ذلك
بان الخلاف في الجميع ولو وقف الشريك حصته ثم اعتقها لم يصح العتق لانها انتقلت عنه
بالوقف فليس مالكا وكذا لو اعتقها الموقوف عليه اي لا يصح العتق منه لانه وان كان
مالكا الا انه ممنوع من كل تصرف ناقل للملك ولو اعتق الآخر لم يقوم عليه الوقف اي
لو اعتق الشريك الآخر الذي حصته لم يقوم عليه الوقف وهذا هو اصح الوجهين لان العتق
لا ينفذ فيه مباشرة فالسراية اولى لانها اضعف من المباشرة ولاقتضائها سلطنته على غير
المال فيقتصر فيها على موضع الوفاق ولاستلزامها ابطال حق الموقوف عليهم من الوقف
ومن عموم ثبوت السراية الشامل لصورة النزاع والعتق مبني على التغليب ويرجح الاول
باستصحاب حال الوقف الى ان يثبت الناقل من المعارض والاصح عدم التقويم وهو مختار
الشيخ والمص في اكثر كتبه وتردد في الارشاد حصته ثم يقوم عليه قال شيخنا الشهيد في شرح
الارشاد ان احتمال التقويم يضعف على القول بانتقال الموقوف الى الله تع ويقوى على
القول بانتقاله الى الموقوف عليهم وكانه نظر الى ان انتقال الملك الى الله تع في معنى التحرير
ويملك الموقوف عليه المنافع المتجددة ملكا تاما كالصوف واللبن والنتاج وعوض
البضع واجرة الدابة والدار والعبد ونحو ذلك مما له اجرة ووجهه ان الوقف عبارة عن
تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وذلك يقتضي ان تكون فوائده ومنافعه للموقوف عليه
يتصرف فيها كيف شاء تصرف المالكين في املاكهم من البيع والهبة والوقف وغير ذلك وهذا
هو الغرض من الوقف ومعنى قول المص ملكا تاما ما قلناه ولو كان الوقف شجرا فثمارها للموقوف

عليه

عليه واما الاغصان فان كانت معتادة القطع فهي كالثمرة يملكها ملكا تاما واستحق الخلاف
فان اغصانها كثمار غيرها ولو لم تكن معتادة فهي كالاصل كذا ذكر في التذكرة ولا يبعد ان يكون
ما جرت العادة بقطعه في كل سنة مما فيه اصلاح الشجرة والثمرة من تهذيب الاغصان وما يقطع
من اغصان شجر العنب ملحقاً بالثمار   ولو شرط دخول النتاج في الوقف فهو وقف لانه
شرط لا يخالف مقتضى العقد فيجب اتباعه   ويملك الموقوف عليه الصوف واللبن[2] ان
يكون موجودا في الضرع والصوف على الظهر فلو احتلب اللبن او جز الصوف لم يدخلا فيها
ولو كان الموقوف نخلة وكان طلعها موجوداً حين العقد لم يدخل في سواء ابر ام لا لانه ليس جزءا[1]
من المسمى اللبن وبه صرح في التذكرة والدروس فان قيل فهلا تناول الوقف الصوف واللبن
وجب ان يكونا وقفاً عملاً بمقتضى العقد وذلك ممتنع في اللبن ولذا لم يتناولهما كما لا يملك الواقف
كالحمل قلنا تناول العقد لهما لا يقتضي كونهما وقفا لان مقتضاه تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة
وهما محسوبان من المنافع فيتناولهما العقد باعتبار شمول المسمى اياهما على حكمهما واما ما استثنى
الواقف اللبن والصوف الموجودين فلانه لا منافاة في هذا الاستثناء لمقتضى العقد لان
الموقوف ما عداهما والمعتبر المتجدد من المنافع اعني ما يكون بعد تحقق الوقف فلو استثنى شيئاً
من تلك المنافع لم يصح   ولا يصح بيع الوقف ولا هبته ولا نقله ولا يعرض ذكر الاسباب
الموجبة لابطال حكم الوقف   ولو خربت الدار لم تخرج العرصة عن الوقف ولم يصح بيعها
لانها من جملة الموقوف وقد قال النبي ص لا يباع اصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث
وقال احمد اذا خرب الوقف وبطلت منافعه كدار انهدمت او ارض خربت وعادت مواتا
ولم تكن عمارتها او مسجداً انتقل اهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلى فيه او ضاق باهله ولم
يكن توسيعه في موضعه او تشعث جميعه ولم يمكن عمارته ولا عمارة بعضه الا ببيع بعضه جاز
بيع بعضه ليعمر به بقيته فان لم يكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه والا فيعتد بخلافه
ولو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه ولو لم يقع خلف ولا خشي خرابه[3]
بل كان البيع انفع لهم لم يجز بيعه ايضا على الاقوى اختلف كلام الاصحاب في جواز بيع الوقف فمنعه
ابن ادريس على جميع الاحوال وهو مختار ابن الجنيد وجوزه في الجملة الاكثر واختلفوا فجوزه
المفيد اذا خرب ولم يوجد له عامر وكان غير مجد نفعاً او اضطر الموقوف عليهم الى ثمنه او كان
بيعه اعود عليهم او يحدثون ما يمنع الشرع من معونتهم والتقرب الى الله تعالى بصلتهم وجوزه المرتضى

الموجودين من ذلك الوقف ما لم يستثنيه اما
على الموقوف عليه لكنها فلا وجه لها حينئذ للموقوف
فيتناولهما العقد كما انبأنا فيها البيع لكن لا ابدي
اللبن م

بيعه اذا خرب بحيث لا يجدي نفعاً او حصل للموقوف عليهم ضرورة شديدة الى ثمنه وجوّز
الصدوق بيع المنقطع الآخر دون المؤبد وقول سلار قريب من قول المرتضى وكذا ابن
حمزة الا انه اكتفى بخوف خرابه وجوّز الشيخ بيعه اذا اخيف خرابه او خيف خلف بين اربابه
وحكى العلامة في المختلف جواز البيع اذا اخيف وقوع فتنة بين اربابه او خراب وتعذرت عمارته
عن الشيخين وان كانت عبارتهما لا تفي بذلك واختار العلامة في المختلف جواز البيع مع خرابه وعدم
التمكن من عمارته ومع خوف فتنة بين اربابه يحصل باعتبارها فساد لا يمكن استدراكه مع بقائه
وفي التحرير نحو هذا والحاصل ان القول بجواز بيعه اذا خلف حصل بين اربابه بحيث يخشى منه
فتنة عظيمة لا يستدرك مع بقائه يدل عليه مكاتبة علي بن مهزيار الصحيحة الى ابي جعفر عليه السلام
يسأله عن بعض ضيعة موقوفة على قوم بينهم اختلاف شديد وليس يؤمن ان يتفاقم ذلك
بينهم فاجاب ع بانه اذا علم الاختلاف ما بين اصحاب الوقف فبيع الوقف امثل فانه ربما جاء
في الاختلاف تلف الاموال والنفوس والقول بجواز البيع اذا كان بالموقوف عليهم حاجة شديدة
مستنده ما رواه جعفر بن حيان قال سألت ابا عبد الله ع عن رجل وقف غلة له على قرابة من ابيه
وقرابة من امه وللورثة ان يبيعوا الارض اذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة قال نعم اذا
رضوا كلهم وكان البيع خيراً لهم باعوا قال العلامة في المختلف والتذكرة ان مفهوم هذه الرواية
عدم التأبيد وجعلها دليلاً على جواز بيع الوقف الذي ليس بمؤبد وهو ابن الصلاح وابن
البراج ولا دلالة فيها على ان الوقف على قرابة الاب والام فقط بل الحكاية الحال المحتملة وترك
ع الاستفصال يدل على العموم ثم انه اذا حكمنا بصحة الوقف المنقطع الآخر فانه بعد
انقراض الموقوف عليه يكون في وجوه البر فهو بمنزلة المؤبد فمتى جاز البيع في المنقطع جاز
في غيره وقد اتى بضعف ما بين الروايتين شيخنا الشهيد في شرح الارشاد والعمل بالاولى
هو المختار وليس ببعيد العمل بالثانية واما القول بجواز البيع اذا خرب وتعطل ولم يبق
فيه نفع اصلاً فوجهه ان الوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة ومع خرابه وتعطله بحيث لا
يرجى عوده عادة ولا حصول نفع منه اصلاً يفوت فيه مقصود الواقف وينتفي عنه
الغرض الاصلي من الوقف فوجب ان يجوز بيعه تحصيلاً لغرض الواقف كما في الهدي اذا عطب
فانه يذبح في الحال وان اختص بموضع معين فانه لما تعذر المحل ترك مراعاة الخاص لتعذره كما
لو وقف على نفعه فتعطلت اصلاً فانه يصرف في وجوه البر وهذا القول قوي متجه جداً وقد يأتي

الاقوال

الاقوال في تجويز البيع وتضعيفه وحمل المص في المختلف قول المفيد على ما اذا شرط الواقف شرطاً
يتسع بعدمه اجراء الوقف على حاله واحتج المانع باطلاق النصوص بعدم جواز بيع الوقف ومنها
رواية علي بن راشد عن ابي الحسن ع ولا حجة فيها لان الخاص مقدم واعلم انا متى جوزنا بيع الوقف
وجب شراء بدله ان امكن ويجب تحصيل ما يكون اقرب الى غرض الواقف يجب لان فيه صيانة
لحق الواقف وذوي باقي البطون عن التضييع واذا كان المجوز حاجة الموقوف عليهم وامكن شراء ما يكفيهم
عليه ويكون وقفاً وجب وسيأتي ان شاء الله تع في نظر هذه المسئلة من يكون من المتولي للبيع و لنز
عن ترتيب   ولو انقلعت نخلة قيل جاز بيعها ولا يجب الخ مع تحقق المنفعة بالاجارة للتسقيف
وشبهه   اختلف الشيخ وابن ادريس في هذه المسئلة فالقائل بجواز البيع هو الشيخ محتجاً
بانه لا يمكن الانتفاع بها الا على هذا الوجه واحتج ابن ادريس بان الوقف يقتضي الدوام مع بقاء
المنفعة وتعطل المنفعة المخصوصة السابقة لكونها نخلة لا يستلزم بطلان جميع المنافع لامكان
التسقيف بها ونحوه وحقق المص انه لا نزاع بينهما لان تعليل الشيخ بانه لا يمكن الانتفاع بها الا
على ذلك الوجه المخصوص اعتراف بسلب جميع منافعها في محل الخلاف وللقائل ان يقول ان دليله
وان اقتضى ذلك لكن سلب جميع المنافع في هذه الحال ممنوع تأملاً والاصح مختار ابن ادريس
نعم لو لم يبق منفعة يعتد بها مع بقاء العين جاز البيع ومثله ما لو زمنت الدابة ومتى جاز
البيع وجب ان يشترى بثمنه ما يكون وقفاً على الاصح وفاقاً لابن الجنيد   ولو شرط
بيعه عند الضرورة كزيادة خراج وشبهه وشراء غيره بثمنه او عند خرابه وعطلته
او خروجه عن حد الانتفاع او قلة نفعه ففي صحة الشرط اشكال اي لو شرط في عقد الوقف
بيع الموقوف عند الضرورة للموقوف عليه او الناظر كزيادة خراج وتغلب ظالم ونحو ذلك
واشتراء ما يكون وقفاً بثمنه او شرط بيعه عند خرابه وعطلته وان لم يخرج عن حد الانتفاع كما
لو تعطلت المنفعة العظمى المقصودة من الوقف غالباً وشرط ذلك عند خروجه عن حد الانتفاع كان
تبلغ الشجرة حداً لا تصلح لغير النار او شرط ذلك عند قلة نفعه المقصود ففي صحة الشرط
اشكال لتردد في انه شرط مناف لمقتضى العقد او لا من حيث انه مناف للتأبيد المعتبر في الوقف قف
ما دامت لم تزل لم منافاته ومن حيث انه اذا بلغ هذه الحالات جاز بيعه وان لم يشترط كما شرطنا
فلا يكون الاشتراط منافياً وقد تقدم في رواية جعفر بن حيان جواز بيعه للضرورة الشديدة
للموقوف عليهم والضرورة قائمة في محل النزاع ولعموم قول العسكري ع الوقوف على حسب ما يوقفها

اهلها ولان ذلك مما تدعو الحاجة اليه فجاز اشتراطه تخلصاً من الضرر والتحقيق ان كل موضع
يجوز فيه بيع الوقف يجوز اشتراط البيع في العقد اذا بلغ الوقف تلك الحالة لانه شرط مؤكد و ليس م
غير مناف ومالا فلا للمنافاة ولقائل ان يقول على الشق الاخير ينبغي في المواضع التي حكم الى
بيعها غير منافية للتابيد لانه يبطل وقفاً ويصح حبساً وهو الحبس المنقطع الآخر والمؤبد على تقدير آخر
والشروط رجوعه عند الحاجة فكان حقه ان يحكم بصحة الشرط ويكون حبساً لان المستفتي في الموضعين
واحد ويمكن الجواب بان الحبس لا يستدعي الخروج عن الملك واشتراط شراء بثمنه ما يكون وقفاً
يقتضيه فلا يكون وقفاً ولا حبساً فوجب الحكم ببطلان الشرط   ومع البطلان يبطل الوقف
نظر ينشأ من ان الواقف انما رضي بشيئين الوقف والشرط فاذا بطل احدهما بقي الآخر لانتفاء [illegible]
لبطلانه وهو قول الشيخ ومن ان الوقف لم يقع الا على وجه الاشتراط وهو فاسد من هذا
الوجه لفساد الشرط وغيره غير واقع فلا يكون صحيحاً وربما فرق بين الشروط الفاسدة في عقود
المعاوضات ونحو الوقف بان الشرط دخلاً في العوض فيكون ملحوظاً في الرضا بالعقد فاذا فات
انتفى الرضا بخلاف الوقف فانه تبرع على كل حال فلا ينتفي الرضا بانتفاء الشرط وفي الفرق
نظر لان الاغراض تتفاوت بتفاوت وجوه النفقات فيكون للشرط تاثير بين في الرضا والقول
بالبطلان اقوى   ونفقة المملوك على الموقوف عليهم وان كان ذا كسب على راي لا ريب ان المملوك
اذا كان وقفاً على غير معين كالفقراء فنفقته في كسبه وان كان ذا كسب والا ففي بيت المال وان كان
وقفاً على المعين فعلى القول بان الوقف ينتقل الى الله تع فيتبدل الحكم كذلك ويحتمل ان يكون في كسبه مطلقاً
ثم على بيت المال وكذا ان قلنا انه للواقف لكن هنا انما يجب في بيت المال مع عدم وجوده
او مع اعساره وعلى القول بانتقاله الى الموقوف عليهم للاصحاب قولان احدهما انها في كسبه ان
لم يشترط خلاف ذلك وهو مختار الشيخ في المبسوط لان الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه
وانما يمكن ذلك ببقاء عينه وانما تبقى عينه بالنفقة فيصير كان شرطها في كسبه ولم يذكر
حكم ما اذا لم يكن كاسباً والثاني انها على الموقوف عليهم وهو مختار المص لانها تابعة للملك
والغرض انه مملوك للموقوف عليهم وهو الاصح وعمارة العقار حيث شرط الواقف والا ففي
غلته ولو قصرت لم يجب عمارته بخلاف الحيوان لوجوب حياطة روحه ولو مات العبد فمؤنة تجهيزه
كنفقته في حياته   ولو تعذر او عمي او جذم عتق وسقطت النفقة لصيرورته حراً فتسقط
نفقته   ولو قتل قصاصاً بطل الوقف لفوات متعلقه لا الى بدل   ولو قطع فالباقي

انما [illegible] نفقته لاجل [illegible] والعجز عن الكسب
على [illegible] مع [illegible] الموقوف عليهم
ويحتمل ذلك في كسبه م

وقف

وقف اذ لا يبطل الوقف بتلف بعض الموقوف ولو اوجبت مالا تعلق بكسبه ان قلنا بعدم الانتقا ل
وكذا ان كان على المساكين او على المعسر لا على الموقوف عليه لتعذر بيعه على اشكال
ينشا من ان المولى لا يعقل عبدا ولا قرب الكسب اذا جنى العبد الموقوف فلا يخلو اما ان تكون
جنايته موجبة للمال او القصاص فان اوجبت مالا فلا يخلو اما ان يكون وقفا على معين او لا
على الاول اما ان يقول بانتقال الوقف عن الواقف الى الله تعالى او الى الموقوف عليه او يقول
بعدم الانتقال اصلا واذا قلنا بانتقاله الى الموقوف عليه فلا يخلو اما ان يكون موسرا او معسرا
فان كان وقفا على المساكين او قلنا بعدم الانتقال الى الموقوف عليه او قلنا بالانتقال وكان معسرا
تعلق الارش في هذه المواضع كلها بكسبه لا برقبته لامتناع بيعه بسبب الوقف مع امكان استيفاء
الارش من كسبه ففيه جمع بين الحقين وقال المص في التذكرة ان قلنا الملك للواقف فهو الذي يفديه
وقد يوجه بانه المالك الذي منع الرقبة من تعلق الارش بها وان قلنا بالانتقال الى الله تعالى
فقد قيل ان الفدا من مال الوقف لانه الذي منع تعلق الارش بالرقبة وقيل يكون في بيت المال
كالحر المعسر وقيل يتعلق بكسبه وان قلنا بالانتقال الى الموقوف عليه وجب الارش في ماله صرح
به الشيخ في المبسوط والمص في التذكرة لامتناع تعلقه برقبته اذ لا يتعلق الارش الا برقبته من
يباع وانما منع من ذلك الحق الموقوف عليه فكان عليه ان يفديه بالارش وذكر المص في هذا
الكتاب اشكالا هنا ينشا مما ذكر ومن ان العاقلة لا تعقل عبدا ثم اختار تعلقه بالكسب وهو
الاصح لان فيه جمعا بين الحقين واحتمل في المختلف التعلق بالرقبة وجواز البيع كما يقبل في
العهد والبيع ادون من القتل ويضعف بامكان الجمع بين الحقين هنا بخلاف العهد
لان القصاص مع بقاء العين ممتنع فرع لو لم يكن العبد كاسبا امكن جواز البيع هناك
يحتمل اخذ الارش من بيت المال ان امكن كالحر المعسر وكيف كان فلا يبطل دم امرء
مسلم وليس للمجني عليه استرقاقه في العهد على اشكال هنا اشارة الى حكم ما اذا اوجبت
جناية العبد الموقوف قصاصا وتحقيقه انه اذا جنى جناية توجب القصاص بان جنى
عمدا جاز الاقتصاص منه قطعا وهل يجوز استرقاقه فيه اشكال ينشا من ان الوقف
يقتضي التابيد ما دامت العين باقية وهو مناف للاسترقاق ومن ان المجني عليه استحق ابطال
الوقف واخراجه عن ملك الموقوف عليهم بالقتل والعفو مطلوب شرعا وفي الاسترقاق
جمع بين العفو المحبوب وبين حقه فيكون اولى من القتل وان التابيد الواجب في الوقف انما

حيث لا يطلع عليه ما ينافيه وهذا اقوى للجمع بين حق الجناية والعفو المندوب اليه كما ذكرنا ولو
جني عليه بما يوجب المال احتمل اختصاص الموجودين به فلهم العفو وشرا عبد او شقص عبد بدلها
يكون وقفا سواء وجبت ارشا او دية وليس للموجودين العفو حينئذ ما سبق حكم ما اذا جني العبد
الموقوف وهذا حكم ما اذا جني عليه ثم الجناية عليه اما ان توجب مالا او قصاصا فاذا اوجبت
مالا فهل يختص به الموجودين من الموقوف عليهم وقت الجناية ام لا احتمالات احدهما الاختصاص
لان الفايت بالجناية منه سوا كان نفسا او ما دونها حق لهم حين الجناية وقد بطل كونه وقفا
باتلافه فامتنع ان يكون لمن سيوجد من البطون فيه حق لانهم حال الجناية غير مستحقين وقت
صيرورتهم مستحقين قد خرج التالف عن كونه وقفا وصلاحيته استحقاقهم اياه وهو قول الشيخ
في المبسوط والثاني العدم لانه ليس ملكا تاما للموجودين وقت الجناية ولا اختصاص لهم بانفرادهم
بل هو ملك لجميع البطون فللموجودين بالفعل ولغيرهم بالقوة القريبة لحصول السبب المملك
والمعدات للملك ولم يبق سوى وجودهم فلا سبيل الى ابطال حقهم ومن ثم يتلقى البطن الثاني
عن الواقف فيجب ان يشتري بعوض الجناية عبدا او شقص عبد يكون وقفا وهذا اقوى لان
فيه ابقاء للوقف وصيانة عن الابطال وتوصلا الى غرض الواقف ومطلوب الله تعالى ولان العتق
تابعا للبقاء المالية وهذا يوجب لشراء بقيمة الوقف حيث جوزنا بيعه ما يكون وقفا ولا فرق في الحكم
بين ان نقول بانتقال الوقف الى الله تعالى او الى الموقوف عليهم ويحتمل ان يقال على القول بالانتقال
الى الله سبحانه وتعالى يجب الشرا وجها واحدا ويتفرع على الوجهين المذكورين صحة العفو عن
الجناية المذكورين وعدمه فعلى الاول لهم العفو لان الحق لهم ومختص فيهم وعلى الثاني ليس
لهم ذلك لعدم انحصار الحق فيهم فاذا عفوا فانما يسقط حقهم وهو استحقاق المطالبة بالارش
او الدية ليشتري به ما يكون وقفا يعود نفعه عليهم وكذا لا فرق بين كون الجناية موجبة على
النفس او ما دونها لتعلق حق الوقف بالابعاض كتعلقه بالمجموع اذا تقرر هذا فمن المشتري
للعبد او بعضه الظاهر ان الحاكم لان الملك ان كان لله تعالى فواضح وان كان للموقوف عليهم فلا
اختصاص له بالموجودين ويحتمل على هذا ان يتولاه الموجودين لان الحق لهم الآن وغيرهم بالفعل
تابع وهذا ينبغي ان يكون اذا لم يكن هناك ناظر خاص باشتراط الواقف فان كان تولى ذلك
لظاهر انه بالشراء يصير وقفا من غير احتياج الى انشاء الى صيغة اخرى لتعلق حق الوقف بعوض الجناية
نحو من تعلقه بالمجني عليه كالرهن وهو المتبادر من قوله فيكون وقفا ويحتمل وجوب انشاء صيغة

١٥٣

اخرى ويتولاها الحاكم مع عدم الناظر والظاهر انه لا فرق بين انشاء الوقف ما شك في المتولي
لذلك لاستوائهما في تعلق حق البطون الباقية به بل الحق لا وقف فان ذهبنا في بقاء الوقف وعدمه
ولا يخفى انه لو زادت الدية او الارش عن قيمة عبد اشترى بالزايد آخر او بعضه واعلم ان قول المص
واشترى عبدا او شقص عبد اشارة الى الاحتمال الثاني والضمير في قوله بها يعود الى المال الواجب بالجناية
بتاويل الدية وقوله وليس للموجودين العفو انه ذكره ما يتفرع على الاحتمال الثاني اي يجب ان يكون
شراؤه ليكون وقفا بالقيمة ولو جنى عليه عبد بما يوجب القصاص فان اقتص الموقوف عليه
استوفى وان عفى فهل لمن بعده من البطون الاستيفاء الاقرب ذلك ان لم يكن نفسا هذا حكم
ما اذا اوجبت الجناية على العبد الموقوف قصاصا وتحقيقه انه اذا جنى عليه كذلك فاما ان يستوفي
الموقوف عليه الموجود او يعفو او يرضى بالفداء فان اراد القصاص كان له ذلك لانه المستحق الآن
فاذا اقتص فقد استوفى الحق وان عفا فهل لمن بعده من البطون الاستيفاء فيه وجهان اقربهما
عند المص ذلك ان لم تكن الجناية نفسا ووجه القرب ان الحق في الوقف لا يختص بالبطن الاول فاذا
عفا فانما اسقط استحقاقه دون حق باقي البطون ووجه الثاني ان لا يكون لهم ذلك للسقوط بعفو الاول فلا م
حين كان الحق منحصرا فيه وضعفه معلوم مما سبق وعلى اذا لم تكن الجناية نفسا فان كانت فالمفهوم
من العبارة انه ليس لهم ذلك ووجهه انه اذا جنى على نفس الموقوف بطل الوقف لفوات محله فبطل حق باقي
البطون بخلاف ما اذا لم يكن نفسا لبقاء الوقف ببقاء محله وليس بشيء لا ستواء النفس وما دونها منها
في بطلان الوقف في الفائت منهما على ان هذا الفرق انما كان لان الارش الذي تقتضيه دية الوقف حيث
الجناية مالا بعين تفاوت والاصح ان لهم الاستيفاء مطلقا اذا تقرر ذلك فما الذي يستوفونه
اهو المال ام القصاص المتبادر من عبارة المص هو الثاني ووجهه ان الحق للبطون وان كان للموجود
حق المطالبة والاقتصاص فاذا عفى بطل حقه هو خاصة دون اصل الحق وحكى الشارح الفاضل
قولا آخر بان لهم المطالبة بالدية ورجحه تغليبا للعفو وهو محتمل في الاول قوي وفي الثاني
ايضا قوي لان له ان يعفو على مال والعفو مبني على التغليب واذ كان القائل ان يقول ان هذا عفو
غير صحيح اما العفو الصحيح فلا كلام فيه ولو استرق الجاني او بعضه فهل يختص به او يكون
وقفا اشكال هذا هو القسم الثالث مما اذا اوجبت الجناية على الموقوف القصاص فهو ما اذا استرق
الموقوف عليه العبد الجاني او بعضه بسبب ما اقتضته الجناية فهل يختص به الموقوف عليه لبطلان
الوقف واستحقاقه الاسترقاق ام يكون لمستحق وقفا اما بالاسترقاق او بانشاء صيغة الوقف

فيه اشكال منشأه معلوم مما سبق في بيان الوجهين فيما اذا وجبت الجناية على الموقوف مالاً
والاصح انه يكون وقفاً كما سبق هناك   ولو اتفق هو ومولاه على الفداء فهل ينتقض به
او يشترى به عبد يكون وقفاً اشكال هذا هو القسم الرابع وهو ما اذا جنى على الموقوف عبد
مولى الجاني على الفداء وفيه اشكال باعتبار اختصاص الموجود به وعدمه فيشترى به عبد يكون
وقفاً ومنشأه معلوم مما سبق والاصح الثاني   ولو وقف مسجداً فخرب وخربت القرية
والمحلة لم يجز بيعه ولم يعد الى الواقف ولو اخذ السيل ميتاً فالكفن للورثة لا ريب ان المسجد اذا
خرب وخربت القرية او المحلة الذي هو فيها لا يجوز بيعه عندنا الا احمد ولا يعود الى الواقف
ايضاً عندنا خلافاً لبعض العامة لان وقف المسجد بمنزلة التحرير للعبد فلا يقبل التغيير ولبقاء
الغرض المقصود منه عبادة للعباد لرجاء عود القرية وصلاة من يمر به بخلاف ما لو اخذ السيل
ميتاً فان الكفن للورثة لانه كان ملكاً لهم لان التركة تنتقل الى الوارث بالموت وان وجب صرفه
في التكفين فلا يمكن قياس المسجد على الكفن في العود بجامع التعذر لصرف في الموضعين للفرق
بما ذكرناه ومثله ما لو كان الكفن الذي يكون من التركة اما يكون من الزكاة او من الوقف فانه يرجع
الى اصله ولا يدفع اخذ السيل الميت ... ولو مات البطن الاول قبل انقضاء
مدة الاجارة فالاقرب البطلان فيرجع المستاجر على ورثة الموجر بما قابل الباقي مع الدفع
اشار بقوله فالاقرب البطلان بطلان الاجارة حيث يكون الموجر هو الموقوف عليه بخلاف ما لو كان
هو المالك والناظر ... الموقوف عليه غير تام فان باقي البطون لهم استحقاق خصوصاً اذا قلنا
بانهم يتلقون عن الواقف فانه بموت الموجر من البطون يتبين انه آخر حقه بموته فيكون اجارته بالنسبة
الى المستقبل تصرفاً في حق غيره واما المالك فانه اتلاف عين ماله ومنفعتها من غير حجر عليه في
ذلك بالنسبة الى الوارث وانما يتلقى الوارث عنه ما كان ملكاً له حين موته فلا يتبين بموته انه
متصرف في حق غيره ويحتمل ضعيفاً عدم البطلان لان له التصرف حينئذ فكان ماضياً في الصورة
بحيث لا انكشاف انه لم يكن له ذلك بموته وقد حققنا المسئلة في الاجارة وذكرنا انه لو كان الموجر
ناظراً ومات لا يصح على بطلانه بل حيث يوجد ويبقى ذلك البطن الذي آجر مع وجوده مدة الاجارة
لانه كان في وقت الاجارة قائماً مقامهم دون البطون الباقية اذا تقرر ذلك فحيث حكمنا بالبطلان
وقد دفع المستاجر الاجرة الى البطن الاول رجع على ورثة الاول بما قابل باقي المدة ولا يخفى
ان المراد البطلان مع اجارة البطن الثاني   ولا يكون الموقوف عليه وعلى اللاحقين وان قلنا بانتقالها

اليه

اليه لان ملكه فيه تام فان فعل فلا مهر لانه لو وجب لوجب له ولا حد وان لم يكن بشبهة لانه مالك
وعلى القول بانه غير مالك فشبهة الملك فيه ثابتة وعليه قيمتها ولا قيمة عليه لما كان
وطيه غير معدود زنا كان الولد لاحقا به فكان حرا ولا يجب عليه قيمته لانه المستحق لها لو وجبت
ولا يعقل وجوب شيء عليه لنفسه لكن هذا انما يستقيم اذا انحصر اهل الطبقة في الواطي وقلنا بان
ولد الموقوفة الرقيق ملك له فلو كان له شريك وجب عليه حصته ولو قلنا بان ولد الموقوفة وقف
فيجب ان يشترى بقيمته الولد عنه ستوطه حيثما يكون وقفا وتصير به ام ولد لاشكال
ينشا لنا علقت منه في ملكه بولد لان الرهن انتقال الملك اليه من حق باقي البطون متعلق
بها فلا يجوز ابطاله والاصح انها لا تصير لان المستفاد منه الملك هو الكامل المطلق الذي لا حجر على
مالكه لتعلق حق الغير به ولان دلايل دوام الوقف ولزومه على تقديره معارضه دلايل ثبوت
الاستيلاد فيها فالمنع تام وهو استصحاب حال الوقف الى ان يوجد المبطل ومعه ينعتق بموته
ويؤخذ من تركته قيمتها لمن يليه من البطون على الاشكال مصحح الشيخين في قوله ومعه تاويل صريح
كونها ام ولد اي مع كونها ام ولد تنعتق بموته كسائر امهات الاولاد ويؤخذ من تركته قيمتها لاحد
كذا قال الشارح الناصح لانه اتلفها على من بعده من البطون بعد موته حيث لم يكن مالكا لها بخلاف ما لو
اتلفها في حياته لانه ح مال الا ان يكون الاتلاف منه على حد ما لو حجيت السابق بنظرها في عوض الجناية
واعترضه شيخنا الشهيد في شرح الارشاد بانها اذا صارت ام ولد لم يحكم بنفوذ الاستيلاد في الحال
كان في صورة وطي احد الشريكين وعلوقها منه قال وهذا وارد على عبارة القوم وله ان يريد ذلك
الا انه لما كان احدى الاحتمالين صرفها الى من يليه من البطون تاخذ الى الموت ولا يلزم منه تاخير
الحكم بنفوذ الاستيلاد وهذا كلام صحيح الا ان عبارة المص تاباه لانه على هذا التقدير لا تختص القيمة
بمن يليه من البطون قطعا فلا يتجه الاشكال المذكور في العبارة ح لان احتمال اختصاص البطن
الذي يليه بها انما يتجه اذا كان الاتلاف واقعا حين اختصاصهم بالوقف ولا يتحقق ذلك الا اذا
الحكم بنفوذ الاستيلاد بعد الموت اما اذا حكمنا بنفوذه قبله فان الاختصاص بالوقف ثابت للكل
ح فايجاب قيمته عليه على هذا التقدير انما هو لتعلق حقوق الموقوف عليهم جميعا فكيف يحتمل اختصاص
البطن الذي يليه بالقيمة ليكون فيه اشكال والظاهر لان الاستيلاد انما ينفذ بعد الموت لامكان
موت الولد قبل موت ابيه فلا يتحقق سبب العتق المقتضي لبطلان الوقف بعد تمامه ولزومه نعم
يبعد ان يقال ان الموت كاشف عن نفوذ الاستيلاد من حينه عملا بظاهر النصوص من ان السبب

هو الاستيلاد دون شيء آخر لكن الحكم به موقوف على تحقق غايته وهو حصول العتق بالموت
وانما يكون ذلك مع بقاء الولد اذ لو مات قبله لكان ابطال الوقف لمحض الملك لا للعتق المطلوب الا ان
الاشكال في اختصاص البطن الذي يليه لا يتجه ح وهذا اذا كان اهل الطبقة هو الواطي خاصة
فلو كان معه شريك فهل يحكم بالقيمة من حين الاستيلاد ام بعد الموت الظاهر الثاني لمثل ما قلناه
وان خالف في ذلك شيخنا في شرح الارشاد ومما حققناه يعلم انه لا فرق بين ان يكون ولد الموقوفة
الموقوفة من اهل الوقف او لا في انها تعتق عليه بدخولها او ملكه كسائر امهات الاولاد لان
نفوذ الاستيلاد يقتضي دخولها في ملك الواطي وقد بينا انه بالموت ينكشف نفوذه من حينه
لوجود السبب كاملاً وتحقق انتفاء المانع باستمرار بقاء الولد ومتى دخلت في ملك الواطي طلقاً كانت
ارثاً ومعلوم ان الملك بالوقف يمنع معه العتق بالقرابة لنقصه ولانه لم يحصل الملك الا لوجه
النفع والاستمرار كما سبق فعلى هذا ما ذكره الشارح عن الكبير ونقله عنه شيخنا في شرح الارشاد
من انه ينعتق عليه اذا كان من اهل الوقف جميعاً ضعيف اذا عرفت ذلك فلو قلنا بنفوذ الاستيلاد
فالاصح لزوم القيمة يشترى بها ما يكون وقفاً وتعتق من نصيب ولدها على كل حال واعلم ان
شيخنا الشهيد ذكر في شرح الارشاد انه يجب في نظير هذه المسألة وهي مسألة الجناية على العبد
الموقوف انه يجب ان يشترى بقيمته ما يساويه في الصفات حتى السن فتراعى الذكورة والانوثة
وغيرها وهذا هو الاوجه من قولهم عبداً او شقص عبد الا انه حكم بان الوقف على جهة اذا انقطعت
يصرف في وجوه البر [illegible] هنا حيث لم يعتبروا ما يكون اقرب واشبه بجهة الوقف فيجب التنبه
له   ويجوز تزويج الموقوفة ومهرها للموجودين اما جواز تزويجها فلانه عقد على بعض منافعها
يجري مجرى الاجارة ولان فيه تحصيناً لها وهو غرض مطلوب ومنع منه بعض الشافعية لانها اذا
حبلت منعت بحق الحمل وربما ماتت في الطلق واما ان المهر للموجودين فلانه عوض منفعتها المختصة
بهم فيكون عوضها كذلك ويتولى تزويجها الموقوف عليه ان قلنا بانتقالها اليه وعلى الانتقال الى
الله تعالى يزوجها الحاكم على الاصح لانه المتولي لنحو ذلك وقال الشيخ تزوج نفسها وهو ضعيف والظاهر
ان الموقوفة على جهة عامة كذلك ولو قلنا بان الوقف على ملك الواقف امكن القول بانه يزوجها
ومتى لزم التذكرة اعتبار اذن الموقوف عليه كما يعتبر اذن الواقف على القول بان الملك للموقوف
عليه   وكذا ولدها ان كان من مملوك او زنا ويختص به الموجودون وقت الزيادة على رأي المتبادر
من قوله   وكذا ولدها ان للموجودين فيكون لوله ويختص به الموجودين مستدركاً ويمكن ان يقال

انه لا يتبادر من قوله الموجودين الموجود دون وقت الولادة فاعاد المسئلة لبيان ذلك فالراي هو
مختار المص و وجهه ان الولد نماؤها فاشبه كسبها وثمرة البستان وولد الدابة وقال ابن الجنيد انه
يكون وقفا كامه وقواه الشيخ لان كل ولد ذات رحم حكمه حكم امه كالمدبرة والمرهونة على قول وفي
الجانية منع والاول لا يخلو من قوة ولو كان من حر بوطي صحيح فالولد حر لا مع شرط الرقية لانه
ان الولد يتبع حرية ابيه اذا كان من وطي صحيح ولو شرط عليه رقيته ففي صحة الشرط قولان سياتيان
ان شاء الله تع ولو كان بشبهة فالولد حر وعليه قيمته للموقوف عليهم اما انه حر فلان
ولد الشبهة بسبب تابع لحال ابيه واما لزوم القيمة فظاهر لانه فوت على الموقوف عليهم ولد
امة بغير استحقاق فيما ذا يصنع بالقيمة المتولان في الولد الرق احدهما انها تدفع الى الموجودين
وقت الولادة لاختصاصهم بها والثاني انه يشترى بها ما يكون وقفا ولو وطيها الواقف فكالاجنبي
لان الاصح انتقال الملك عنه الواقف فيترتب على وطيه ما يترتب على وطي الاجنبي وعلى القول
بانه مالك فلا حد للشبهة وفي نفوذ الاستيلاد والمنزن في استيلاد الراهن لتعلق حق الموقوف
عليه بها وهذا اولى بالمنع ولو وقف مسجدا على قوم باعيانهم كالفقهاء فالاقرب عدم التخصيص
بخلاف المدرسة والرباط والمقبرة الظاهر ان المراد اذا شرط في الوقف اختصاص قوم باعيانهم
بالمسجد فاما اذا وقف مسجدا على قوم باعيانهم ولم يشرط اختصاصهم فانه لا مانع من نفوذ الوقف
ويكون عاما فينبغي الحكم بصحته حينئذ وانما قلنا انه يكون عاما لان المسجد به تقتضي العموم
لان وضع المسجد شرعا على انه المكان الموقوف للعبادة من حيث هو عبادة من غير نظر الى متعبد
وذكر قوم باعيانهم لا يدل على الاختصاص الا بالمفهوم المخالف وهو لا يعارض ما دل عليه اللفظ
بمنطوقه اما مع الاشتراط ففي صحة الشرط وجهان احدهما يصح تمسكا بعمومات الكتاب والسنة الدالة
بالعقود المسلمون عند شروطهم الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها والثاني لا لان ذلك مناف
لمقتضى العقد فان وضع المسجد شرعا على ان يكون للعبادة عاما من غير ان يمنع منه احد وهنا لاصح
فاذا شرط فهل يصح العقد ويبطل الشرط ام يبطلان معا الظاهر من العبارة الاول لان الوقف
يتبع على كل حال فلا يعوت التقابلات الشرط وفيه منع ظاهر لان الاغراض تختلف والاصح
الثاني وهذا بخلاف المدرسة والرباط والمقبرة اذا لم يكن وضع شيء من ذلك شرعا على العموم
فيجوز اشتراط الاختصاص في كل منها وقد نقل الشارح الفاضل الاجماع على ذلك في المدرسة
والرباط ولو وقف في سبيل الله انصرف الى ما يتقرب به الى الله تع نص عليه الشيخ وغيره وقال

كالمساجد والمقابر العرض وبينا الفناء لما هو مطلوب الجميع
هذا هو ... لان القدم ...
انتهى ... ... الانه

ابن عمر ان سبيل الله المجاهدون وقال الشيخ في الخلاف ان الموقوف في سبيل الله يجعل بعضه
للغزاة المطوعة دون العسكر العامل على باب السلطان وبعضه في الحج والعمرة لانهما من سبيل الله
على المشهور واستعمال سبيل الله في الجهاد كثيرا لا يمنع من وقوعه على غيره حقيقة وكذا لو قال
في سبيل الله وسبيل الخير وسبيل الثواب ولا يجب القسمة اثلاثا اي وكذا يصرف الوقف في
سبيل الله وسبيل الخير وسبيل الثواب الى كل قربة يتقرب بها الى الله تع وقيل يصرف ثلثه الى الغزاة
والحج والعمرة وثلثه الى الفقراء والمساكين ويبدأ بالاقارب وهو سبيل الثواب وثلثه الى خمسة اصناف من
الذين ذكرهم الله تع في آية الصدقة وهم الفقراء والمساكين وابن السبيل والغارمون لاستدانة
المصلحة لانفسهم والرقاب وهم المكاتبون قال الشيخ في المبسوط بعد ذكره هذا ولو قيل ان هذه
الثلاثة اصناف متداخلة كان قويا لان سبيل الله وسبيل الخير وسبيل الثواب يشترك الجميع
فيه وهو الاصح وقد اشار اليه بقوله ولا يجب القسمة اثلاثا الخ وهذا القول واذا وقف
على اولاده اشترك البنون والبنات والخناثى لصدق الاولاد على كل منهم فان كلا منها لمن ثبت
والخنثى ولد قطعا ولا يدخل الحفدة على رأي الا مع قرينة الارادة مثل ان يقول والاعلى
يفضل على الاسفل او يقال الاعلى فالاعلى او قال وقفت على اولادي وليس له ولد للصلب
كما لو قال وقفت على اولاد هاشم لا يحتاج الى الحفدة اولاد الاولاد وقد اختلف الاصحاب في تناول
لفظ الاولاد لهم فمنعه الشيخ لان الولد حقيقة في ولد الصلب المتكون من النطفة المتولد منها
ومجاز في ولد الولد بدليل انه يصح سلبه عنه فيقال انه ليس بولدك بل ولد ولدك وصحة النفي
دليل المجاز ولظاهر قوله تع ونعقني بنا ابراهيم بنيه ويعقوب في قوله النفس ولا يرد
من عطف الخاص على العام لان الحال اذا دار بين التاسيس والتاكيد فالتاسيس خير
وقال المفيد وابن البراج وابن الصلاح وابن ادريس تبعا ولهم يشمول اسم الولد لولد
الصلب وولد الولد بدليل قوله تع يُوصِيكُمُ اللّٰهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ
فان اولاد الاولاد داخلون قطعا وكذا قوله تع وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ
مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ وكذا قوله تع حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وغيره لك من
الاستعمالات الكثيرة ويضعف بانهم ان ادعوا شمول هذه لولد الولد بطريق الحقيقة
فهو مردود بعد ما بيناه من صحة السلب ولانه لو كان حقيقة في هذا المعنى ايضا لزم
الاشتراك والمجاز خير منه وان اريد بطريق المجاز لم يثبت مدعاهم وفصل المقر هنا في

الحكم

المختلف بانه ان وجد قرينه دخل ولد الولد والا فلا وهو الاصح وهذا في الحقيقة اختيار
لقول الشيخ للقطع بوجوب الحمل على المجاز مع القرينه وذكر الحكم لوجود القرينة تلك فالمقصود
منا انه يتعدد بعد وقفت على اولادي الاعلى فالاعلى يفضل الاعلى على الاسفل فان ذلك دليل على دخول
الاسفل لامتناع التفضيل من دون الاشتراك ومثله الاعلى فالاعلى ومثله ان يقف على
اولاد فلان وهو يعلم انه ليس له ولد لصلبه فان الظاهر انه اراد بنيه حقيقة ومجازا لك
ولو قال وقفت على اولادي واولاد اولادي اختص بالبطنين الاولين على راي وهذا
راي الشيخ بناء على عدم شمول الولد لولد الولد حقيقة وعلى القول الآخر فهو شامل لجميع
البطون لاندراجه في كل من لفظي اولادي واولاد اولادي والاصح الاختصاص
ولو قال على اولاد اولادي اشترك اولاد البنين واولاد البنات بالسوية اما الاشتراك
فلصدق اولاد الاولاد على الصنفين واما كونه بالسوية فلان الاصل عدم التفاضل مع
اشتراكهم في سبب الاستحقاق واستواء نسبتهم اليه ولو قال على من انتسب الي لم يدخل
اولاد البنات على راي الخلاف مع المرتضى وابن ادريس والاقرب عدم الدخول ولا يدخل
تحت الولد الجنين الا بعد انفصاله حيا لان الاحكام انما تجري بالتسمية بعد الانفصال ولا
يدخل الخناثى تحت البنين والبنات الا مع الجمع لو وقف على البنين لم يدخل الخناثى لعدم العلم
بكون الخنثى ابنا وكذا لو وقف على البنات ولو جمع بينهما بان وقف عليهما ففي دخول الخنا
ثى قولان احدهما ما اختاره المص في التحرير لان الخنثى لا يخرج عن الصنفين واصحهما
وهو مختاره هنا الدخول لانه لا يخرج عنهما فانه بحسب الواقع اما ذكر او انثى وهذا يتخرج
ذكوريته وانوثيته بالعلامات وبعضها يورث نصف النصيبين ولو كان نصفا
براسه لكان له حكم براسه اصالة ولو قال على ذريتي او عقبي او نسلي دخل الاحفاد
من اولاد البنين والبنات لصدق اسم الذرية والعقب والنسل على الجميع ولو قال
على اولادي واولاد اولادي فهو للتشريك ولا يقتضي الترتيب الا بالشرط وذلك لان
واو العطف انما يدل على الجمع المطلق فحيث كان الوقف على الجميع وجب القول بالتشريك
لانتفاء دليل الترتيب ولو عطف بثم او الفاء اقتضيا الترتيب وكذا لو قال
الاعلى فالاعلى فلا يستحق البطن الثاني شيئا حتى ينقرض الاول اجمع فلو بقي واحد
كان الجميع له اما ثم والفاء فانهما دالان بالوضع على الترتيب وكذا الاعلى فالاعلى

في م

واذا قال وقفت على اولادي واولاد اولادي فلا ريب [illegible]

المراد الأعلى مطلقاً بعد الأعلى من الباقين وهكذا ومقتضى ذلك عدم استحقاق الأسفل شيئاً
ما لم ينقرض الأعلى أجمع فان المفهوم من هذا اللفظ في الاستعمال الشائع هو ذلك ولو قال وقفت
على أولادي وأولادهم ما تعاقبوا على أن من مات منهم عن ولد فلولده نصيبه اقتضى الترتيب بين
الأدنى ووالده والتشريك بين الولد وعمه أي لو وقف كذلك اقتضى أن لا يستحق الولد شيئاً
في حياة أبيه وإنما يستحق مع عمه ووجهه أن المتبادر من اللفظ أن على ومعاني حجزه لبيان
استحقاقه الذي اقتضاه أصل الوقف وليس استحقاقاً آخر غير الأول فان المفهوم من ذلك أن
الوقف على أولاد الأولاد وجعلهم ذوي استحقاق انما هو على هذا الوجه المعين على أنه لو لم يتبادر
من اللفظ لكان اللفظ محتملاً له ولا ريب فينتفي الاستحقاق الآخر بالأصل ولأن اثبات استحقاقين
لأولاد الأولاد وواحد للأولاد بخلاف الظاهر من مراد الواقف فحينئذ إن مات الابن شارك ولده
عمه بنصيب والده ولو رتب البعض وشرك البعض بأن شرك بينهم ورتب بعضهم
كقوله وقفت على أولادي ثم على أولاد أولادي وأولادهم ما تعاقبوا وتناسلوا ووقفت على أولادي
وأولادنا وأولاد أولادي ثم على أولادهم ما تعاقبوا الأعلى فالأعلى اتبع الواقف بين الترتيب والتشريك
في الوقف اتبع ما فعل فاذا بدأ بالترتيب ثم شرك أو عكس كان ما فعله ماضياً لعموم الوقوف على
حسب ما يوقفها أهلها ولو قال وقفت على أولادي الثلاثة ومن مات منهم عن ولد فنصيبه
لولده ومن مات عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف فلو خلف أحدهم ولدين فنصيبه لهما ولو مات الثاني
عن غير ولد فنصيبه بين الثالث والولدين أثلاثاً ثم إن مات أحد الولدين عن غير ولد فنصيبه
لأخيه وعمه أي لو كان له أولاد ثلاثة فوقف عليهم على أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده
ومن مات عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف صح ووجب اتباع الشرط لعدم المنافاة فلو مات
أحدهم عن ولدين فنصيبه لهما بمقتضى الشرط ولو مات الثاني عن غير ولد فنصيبه لأهل
الوقف كما شرط الواقف وهم الولد الثالث للصلب والولدان للأول فيقتسمونه أثلاثاً لانتفاء الميت م
المقتضي للتفصيل ثم انه اذا بلغ الأمر ذلك لو مات أحد الولدين عن غير ولد كان نصيبه للأخ
أخاه وعمه لانحصار أهل الوقف فيهما ولو مات أحد الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابن
أخ له فنصيبه لأخويه خاصة فان مات أبوهما صار نصيبه لهما وهو ما خلفه الأول أثلاثاً أي لو
وقف على أولاده الثلاثة على الصورة المفروضة سابقاً ومات أحدهم عن غير ولد بخلاف ما ذكر
في الفرض الأول وخلف أخويه وابناً لأحد الأخوين فان نصيبه لأخويه خاصة بمقتضى شرط الواقف

لانحصار

نصيبه
لا كغيرها من اهل الوقف بينهما وليس للابن الآخر شيء لانهما ليسا من اهل الوقف فاذا مات ابوهما عاد
الذي استحقه قبل موت اخيه الاول لهما خاصة بمقتضى شرط الواقف واما نصيب الاول فانه
مثلاث بينهما وبين عمهما الباقي اثلاثا لانهم اهل الوقف وقد شرط الواقف ان من مات عن غير
ولد يكون نصيبه لاهل الوقف ولم يقيد اهل الوقف بكونهم الموجودين وقت موته فلا فرق
حينئذ بين كونهم اهل الوقف حين موته او بعده في اشتراكهم في حصة الميت عن غير ولد وكذا نقول
في المسئلة الثانية من مات من غير ولد فللباقين من اهل الوقف حصته دون ولد من كان ذا ولد
منهم فاذا مات ابو الولد استحق حصته التي كانت له قبل موت الاول خاصة وشارك الباقين في حصة الا ولد م
لا يقال قول الواقف من مات منهم عن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف شامل لما استحقه الميت الثاني من اخيه
الاول من نصيبه لصدق النصيب على جميع استحقاقه وذلك من جملته لانا نقول قوله من مات منهم عن غير
ولد فنصيبه لاهل الوقف يدافعه فلا بد ان يحمل النصيب على [illegible] ما استحقه من دون غيره عن جد
من التدافع ولو قال وقفت على اولادي على ان يكون للبنات منه والباقي للذكور لم يستحق الذكور
شيئا حتى تستوفي البنات عملا بالشرط الصحيح الذي لا يخالف الكتاب ولا السنة ولو شرط اخراج
بعضهم بصفة او رده بها جاز كقوله من تزوج منهن فلا نصيب له فلو تزوجت سقط نصيبها
فان طلقت عاد اي لو شرط اخراج بعض الموقوف عليهم بصفة كالغنى والتزوج او شرط رده بصفة جاز لوجوب الموقوف د
اتباع الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد فلو وقف على بناته على ان من تزوج منهن فلا نصيب له
فتزوجت احديهن سقط نصيبها فان طلقت بائنا استحقت لان الوقف عليها تناول جميع الاحوال
والازمان فاذا اخرج منه زمان الزوجية بقي الباقي على شموله واطلاق عبارته يقتضي عدم الفرق
بين كون الموقوف عليهن بناته او امهات اولاده حيث يصح الوقف عليهن بان اعتقهن ثم وقف
كذلك او وصى بالوقف كذلك بعد موته وفرق في التذكرة بين ما اذا وقف على بناته الارامل و
امهات اولاده الا من تزوج منهن فحكم بان من تزوجت من امهات الاولاد خرجت عن الاستحقاق
ولا يعود استحقاقها اذا طلقت بخلاف البنات ووجه الفرق امرين احدهما من جهة اللفظ حيث
اثبت الاستحقاق لبناته الارامل فان من طلقت منهن حصلت لها الصفة مبنا وفي امهات الاولاد
واثبت الاستحقاق الا ان تتزوج وهذه وان طلقت صدق عليها انها تزوجت الثاني من جهة المعنى
فان غرض الواقف هنا ان يبقى لامهات الاولاد ولا يخلفه عليهن غيره فمن تزوجت منهن لم تكن
[illegible] طلقت ام لم تطلق ولا يخفى ان الوجه الثاني من وجهي الفرق يقتضي الفرق بين البنات و مات د

الاولاد وفي ذلك وان وقف عليهن واستثني من تزوجت ولقائل ان يقول ان علم من قصد الواقف
ما يقتضي الاستحقاق او عدمه بزوال الصفة او عودها فلا بحث في وجوب اتباعه وان لم يعلم ذلك
فان عموم الاحوال في صيغة الوقف كان وقف عليهن في جميع الاحوال الا حال الزوجية فوجه العود
وجيه وان استثني المزوجة فعدم الاستحقاق بالطلاق فبعيد وقريب منه ما لو شرط في الاستحقاق
انتفاء الشرط لا دليل على عودها فان عموم الاحوال منتف ههنا ومتردد في الدروس فيذكره وحكي
قولا بالفرق بين اشتراط عدم التزوج واستثناء المزوجة وان المستثناء يستطحبها بالكلية
وان كان رجعيا فالاشكال اي عدم استحقاقنا وان كان الطلاق رجعيا ومنشاء الاشكال
ان لها حكم الزوجة ولهذا تجب نفقتها وترث ومن انها مطلقة والطلاق يقتضي رفع النكاح و
انها ليست بزوجة بل مطلقة وصحة السلب دليل المجاز وفيه نظر لانه ليس كل طلاق يقتضي رفع النكاح
ولهذا لا تجوز الخامسة ولا اخت المطلقة ويمنع صحة السلب ولان استصحاب الحال يقتضي استمرار منع
الاستحقاق الى البينونة والتحقيق ان الطلاق الرجعي معد للنكاح للزوال لانقضاء العدة وليس
مزيلا له في الحال فعدم الاستحقاق بمجرد الطلاق اقوى   واذا وقف على الفقراء انصرف الى فقراء
البلد ومن يحضره ولو غاب احدهم لم يجب انتظاره بل يجوز قسمته على غيره قد حققنا فيما مضى
ان الوقف على الفقراء ليس وقفا على الاشخاص بل هو وقف على جهة مخصوصة ومصرفها من كان
فقيرا وذكرنا انه يجب صرفه الى من حضر البلد الذي فيه الوقف ولا يتبع من كان غايبا عنه لرواية
النوفلي والسابق الى الفهم من قول المصنف انصرف الى فقراء البلد ومن يحضره خلاف ذلك من حيث بان يؤذن
بان اصل الوقف ينصرف اليهم وليس مرادا فقد حققنا ان ذلك في التنكرة فانما المراد انصراف نماء
الوقف الى من حضر البلد من الفقراء   والاقرب انه لا يجوز الدفع الى اقل من ثلثة وكذا على كل قبيلة
منتشرة وجه القرب ان اقل الجمع ثلثة عند المحققين ويلوح من كلامهم ان مقابل الاقرب هو جواز الاقتصار
بالاثنين بناء على انهما اقل الجمع واقول انه يحتمل الاكتفاء بواحد لان الوقف انما هو على الجهة والمذكور
من المنتشرين مصرف لها كما حققنا على انه لو اريد ظاهر اللفظ لوجب انه لا يكتفى بثلثة لان المذكور
جمع معرف باللام وهو للعموم فيجب التتبع ما امكن وهذا الاحتمال يلوح من عبارة الشارح الفاضل
ولد المصنف واعتبار الثلثة طريق البراءة فلو لم يكن في البلد ثلثة كمل من خارجه وهذا الحكم عام في
كل قبيلة منتشرة   اما المحصور فيجب التسوية والاستيعاب فيهم اما الاستيعاب فلان الوقف
على اشخاص معينين فينتقل اليهم الموقوف فلا بد من صرف النماء الى الجميع لثبوت الاستحقاق لكل واحد

الطلق م

كتبنا

لان يصعن عن الاحتفاء النموذج

وقال الشيخ

واما التسوية فلان الاصل مع الاشتراك واستواء نسبة الجميع الى السبب الاستحقاق عدم التفاضل
وهذا يشعر بان المنتشرين لا يجب التسوية فيهم ووجهه انهم مصرف لنماء الوقف فكانوا كالفقراء
في الزكوة ولو امكن في ابتداء الوقف استيعابهم ثم انتشروا فالاقرب وجوب التعميم فيمن يمكن
والتسوية لان الواقف اراد التسوية والتعميم لامكانه فاذا تعذر بعد ذلك وجب العمل بما امكن
بخلاف المنتشرين ابتداء فقد بين المص وجه القرب بان الواقف اراد التسوية والتعميم لامكانه فلا
واحد منهما فتعذر بعد ذلك لا يسقط العمل بالممكن اذ لا يسقط الميسور بالمعسور وانما اراد
الواقف ذلك لانه وقف عليهم بحسب حالهم في الابتداء وفيه نظر لان حكم الوقف يختلف بالنسبة
الى المحصورين والمنتشرين في نظر الشارع فاذا جمع الواقف بين القبيلتين اعطى كلا حكمه
علم بالحال ام لم يعلم ولان المنتشرين لا يقع الوقف على اشخاصهم ولاصالة براءة الذمة
من وجوب التسوية والتعميم بحسب الامكان ولان تركها لا يستلزم فسادا مع رواية علي بن سليمان
النوفلي في كون الموقوف عليهم منتشرين ابتداء ام لا مع ان حكاية الحال فيها محتملة للامرين
دليل وعدم وجوب التعميم والتسوية في المنتشرين مطلقا اقوى وما قربه المص احوط
ولو وقف على مستحقي الزكاة فرق في الثمانية واعطوا كما يعطون هناك فيعطى الفقير والمسكين
ما يتم به غناه والغارم قدر الدين والمكاتب ما يؤدي به الكتابة وابن السبيل ما يبلغه
ما يحتاج اليه لصنفه وان كان غنيا لا محسبا انه اذا وقف على مستحقي الزكاة استحقها الاصناف
الثمانية عملا بمقتضى الوقف لكن هل يجب تفريقه في الاصناف الثمانية ام يكفي صرف الجميع
الى بعض الاصناف ذكر شيخنا في الدروس فيه قولين يلتفتان الى ان عدد الاصناف محصور
وان تعدد الاشخاص فيجب الاستيعاب في المحصور عملا بشرط الواقف وان انحصارها بعدد
الاصناف لا يؤثر لان الموقوف عليهم منتشرون فلا يجب التعميم وكلاهما محتمل ثم انه
ما الذي يعطى الفقير والمسكين ايعطيان غناهما ام مؤنة سنتهما قولان ايضا ذكرهما
في الدروس وعبارة المص محتملة للامرين وان كانت اقرب الى الاول وفيه قوة لان ذلك
حكم الزكاة ولاصالة الجواز لوجود الاستحقاق وانتفاء دليل التقييد ولا ريب في
جواز اعطاء المؤلفة وليس ذلك وقفا على الكافر بل هو في الحقيقة من مصالح الاسلام
والمسلمين وانما يعطون عند الغازين ومن بعدهم لان حكم غيرهم ظاهر لان العاملين
عليها انما يعطون اجرتهم والعبيد يحتاجون لشرائها انما يشترون بثمن المثل وحكم المؤلفة

منوط بنظر الامام او نايبه   ولو وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز فهو منقطع
الانتهاء، يرجع الى ورثته ميراثا بعد انقراض من يجوز الوقف عليه ترجيحنا فيما مضى ان
الوقف يشترط فيه التابيد فاذا وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز فهو
وقف منقطع الانتهاء، وقد بينا حكمه الصحة والفساد بالنسبة اليه فيما تقدم واختلاف
الفقهاء، وحكمه على تقدير الصحة اذا انقرض من يجوز الوقف عليه وقد قدمنا انه يصح حبساً
فاذا انقرض من يجوز الوقف عليه عاد الى الواقف او ورثته   ولو انعكس فهو منقطع
الابتداء، وفيه قولان فاذا قلنا بالصحة فان كان الاول ممن لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت
والمجهول والكنايس صرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه وان امكن اعتبار انقراضه كالعبد
والحربي ففي الانتقال في الحال او بعد الانقراض احتمال وكذا البحث اذا كان صحيح الطرفين منقطع
الوسط او بالعكس   فيستوي في منقطع الابتداء باعتبار الصحة والفساد للاصحاب
قولان اصحهما البطلان وعلى الصحة فلا يعرف حال الوقف في الحال الى من يصح الوقف عليه
ام يعتبر فيه انقراض من لا يصح الوقف عليه ان كان عليه ممن يمكن اعتبار انقراضه فيه
احتمالان والاول قال الشيخ في البسيط وهو الاصح تفريعاً على القول بالصحة لان الوقف
الصحيح يقتضي النقل الى الموقوف عليه والمبدو به يمتنع فيه ذلك فوجب ان ينتقل الى من
بعده ما لم يكن صحيحاً ولامتناع بقايه على ملك الواقف على ذلك التقدير وما لم ينتقل بعد ذلك
وامتناع ان يكون الملك بغير مالك ولانه لما لم يكن المبدو به اهلاً للوقف كان ذكره لغواً
حكى الشيخ الاحتمال الثاني قولاً لمتقدم ووجهه ان الواقف لم يجعل لمن يصح الوقف عليه شيئاً الا
بعد انقراض من قبله فيصرف الى الفقراء والمساكين مدة بقاء الموقوف عليه اولاً والشرط
يتبع ويضعف بان ذلك مقتضى الوقف عليه وما لم يصح لم يثبت مقتضاه لانه تابع اما ما لا
يمكن اعتبار انقراضه فلا اشكال وينتقل الوقف في الحال الى من يصح الوقف عليه قولاً
واحداً ومثل هذا آت في صحيح الطرفين منقطع الوسط وعكسه   ولو وقف المريض
على ابنه وبنته ولا وارث غيرهما دفعة دارا هي تركته فان اجازا لزم والا صح الثلث وقفا
بينهما بالسوية على ما شرط والباقي طلقا وكذا لو وقف على الوارث الواحد جميع تركته كان
لازماً من الاصل مع الاجازة ومع عدمها في الثلث ويصح من ثمانية عشر للابن ثلاثة وقفاً وثمانية
ملكاً وللبنت ثلثة وقفا واربعة ملكاً اي لو وقف المريض في مرضه داره على ابنه وبنته ولا وارث

غيرهما دفعة وقيد بكون الوقف دفعة للاحتراز عما لو وقف على التعاقب فان السابق ينفذ من الثلث
دار هي تركته فلو ملك غيرها لم يتحقق ما ذكر لان الثلث ينفسخ فاما ان يجيزا معاً او يرد
او يجيز الابن دون البنت او بالعكس فان اجازا فلا بحث وان ردا معاً فهو المراد بقوله
والاصح الثلث وقفاً بينهما بالسوية ولا يخفى انه اعم من ذلك لان عدم اجازتهما يتضمن
صورتين لكن المراد ظاهر فاذا ردا لم يصح تصرفه فيما زاد على الثلث لان الوقف وان كان
تمليكاً لهما لكنه تمليك على وجه ناقص فتضمن للحجر والمنع من التصرف فيصح الثلث وقفاً بينهما
بالسوية على مقتضى الشرط فيبقى الباقي طلقاً وتصح المسئلة حينئذ من ثمانية عشر وذلك
لانه لا بد من عدد له ثلث ولثلثه نصف ليكون الثلث وقفاً بينهما بالسوية وما بقي منه
وهو الثلثان للابدان ينقسم اثلاثا فيضرب مخرج الثلث في مخرج النصف لتباينهما للكسر
في الاصل وهو ثلث فيبلغ ما ذكر ستة بينهما وقفاً بالسوية وثمانية للابن ملكاً واربعة للبنت
كذلك وكذا لو وقف على وارثه الواحد جميع تركته فانه مع الاجازة لا يصح الا الثلث لما علمنا
من ان الوقف ملك ناقص ومما ذكرناه يعلم ان قوله وصح من ثمانية عشر حكم مسئلة الابن والبنت
اذا ردا وما بينهما معترض وفي قوله وصح عدم جواز الثلث نوع لان الوقف لا يصح الا في الثلث
ولا يصح من الثلث ولو اجازت البنت ورد الابن فللبنت سبعة وقفاً وللابن ثلثه وقفاً وثمانية
طلقاً ولو انعكس فللبنت اربعة طلقاً وكذا وقفاً وللابن الباقي وقفاً لم يذكرهما المتن
ولو اختار الابن ابطال التسوية دون ابطال الوقف في التسع ورجع اليه ملكاً فيصير له النصف
وقفاً والتسع ملكاً وللبنت السدس والتسعان وقفاً ان اجازت الوقف ايضاً لان للابن
ابطال الوقف فيما له دون ما لغيره اي لو اختار الابن والصورة بحالها ابطال التسوية
دون ابطال الوقف وجب ابطال الوقف في التسع وامضاؤه فيما عدا ذلك بالنسبة اليه وذلك
لان الوقف ماض في الثلث من غير اعتبار رضى الوارث والباقي على تقدير نفوذ الوقف
فيه للابن نصفه وعلى تقدير عدم التسوية له ثلثاه فيكون ابطال التسوية متضمناً لابطال
الوقف فيما به التفاوت وهو تسع الاصل فيكون للابن النصف وقفاً والتسع ملكاً واما الباقي
للبنت وقفاً ان اجازت والا فلها السدس وقفاً والتسعان ملكاً لان الابن انما يملك ابطال
الوقف فيما له دون ما لغيره وفي وجه ان للابن ابطال الوقف في السدس فيكون له النصف

ملتزماً
بطلان الوقف م

وقفنا والتسع ملكا وللبنت الثلث وقفنا ونصف التسع ملكا لئلا تزداد البنت على الابن في الوقف
وليس حيف والمسألة من ثمانية عشر ايضا واعلم ان قوله لان للابن ~~تمام الحصة بطلان الوقف~~
في تعليل لقوله وللبنت السدس والتسعان وقفنا ان اجازت   ولو قال وقفت على زيد
والمساكين فلزيد النصف ولو قال على زيد وعمرو والمساكين فلزيد وعمرو ثلثان وجهه ان
العطف بالواو يقتضي الاشتراك في الوقف بين الامور المتعاطفة والاصل عدم التفاضل والا
نسبة الجميع الى المعقد فلا اولوية   ولو وقف على مواليه صرف الى الموجودين من الاعلى
او الادون فان اجتمعا فالجمهور يعني منهما فان اطلق فالاقرب البطلان وقيل بالتشريك
اسم المولى يقع على السيد الذي اعتق عبده ويقال له بالنسبة الى العتيق المولى من اعلى وعلى
العبد الذي اعتقه سيده ويقال له المولى من اسفل بالاشتراك فاذا وقف على مولاه او موال له
وليس له الا احدهما فالوقف على الموجود لوجود ما يحمل عليه اللفظ حقيقة ولو اجتمع الصنفان
نوقف كذلك فان كان هناك قرينة يدل على ارادة احدهما او كليهما عمل بها وان انتفت القراين
رجع الى تفسيره لانه اعلم بالمراد فان تعذر الرجوع اليه   او قال اطلقت اللفظ ولم ارد معينا
من غير قصد لواحد منهما فللاصحاب قولان اصحها البطلان وهو مذهب المص وفي التذكرة لان المشترك
لا يستعمل في معنييه الا بطريق المجاز كما حقق في الاصول فانه انما وضع لكل منهما على سبيل البدل
والاستعمال المجازي موقوف على صرف اللفظ الى المعنى المجازي ولا ينصرف اليه عند الاطلاق
وقال الشيخ في المبسوط وابن ادريس ينصرف اليهما كالاخوة وهو الذي اراده المص بقوله وقيل با
لتشريك وهو ضعيف لان لفظ الاخوة بالنسبة موضوع لمعنى يقع على المتقرب بالابوين
وباحدهما على سبيل التواطي بخلاف المولى فانه مشترك نعم يتخرج ذلك على القول بان المشترك
اذا تجرد عن القراين حمل على معنييه حقيقة وضعف هذا القول مبين في الاصول وقال ابن
حمزة ان المولى يختص بمولى نفسه دون مولى ابيه ومولاه الذي اعتقه دون مولى نعمته الا اذا لم
يكن مولى عتق وكان له مولى نعمة وان كان الوقف على مواليه بلفظ الجمع دخل فيه موالي العتاقة
ومولى النعمة ووافقه المص في المختلف على ما ذكر في الوقف بلفظ الجمع لان الجمع المضاف للعموم مستغرق
كلما يصلح له بعض من منع استعمال المشترك في كلا معنييه جوزه في الجمع لذلك ويشكل بان تعريف
العموم يتوقف على مذاهب للعموم فجعلوا استعمال المشترك في معنييه بطريق الحقيقة من يجوزه الكنى

في تعريف

في تعريف العام بانه اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له ومن منع زاد فيه بوضع واحد ليخرج المشترك
وح فلا فرق بين المفرد والجمع والاصح البطلان مطلقاً ولو وقف على اولاده فانقرضوا فان قلنا
اولاد اولاده فعلى الفقراء قيل يصرف بعد اولاده الى اولاد اولاده وليس بمعتمد بل يكون
منقطع الوسط اي لو وقف على اولاده ولم يذكر اولاد اولاده لكن اعتبر انقراضهم في العود
على الفقراء فقد قيل بان الوقف بعد اولاده يصرف الى اولاد اولاده والقائل بذلك هو الشيخ
في المبسوط محتجاً بان الوقف شرط انقراضهم وذلك بظاهره يقتضي انه وقف عليهم بعدهم كما لو
صرح به فيصرف اليهم بعد الاولاد ورده في المختلف بانتفاء دلالة اللفظ على ذلك بشيء من
الدلالات اما المطابقة والتضمن فظاهر واما الالتزام فلان اللفظ صالح للتقييد بالصرف
اليهم وعدمه ولا دلالة للعام على الخاص ولا يلزم من اشتراط انقراضهم كونه وقفاً عليهم لانتفاء
وجه التلازم على انه لو دل الوقف عليهم لوجب التشريك بينهم وبين الاولاد لانتفاء ما يقتضي
الترتيب وهو لا يقول به لا يقال ان اشتراط انقراض اولاد الاولاد يدل على تناول الاولاد
لولد الصلب حقيقة ولولد الولد مجازاً واستعمال اللفظ الواحد في حقيقته ومجازه معاً بالتشريك
جايز وانما قلنا ان الاشتراط دليل على ذلك لانه لولاه لكان ذكره لغواً ولانه يقتضي خروج الوقف
عن الدوام والاتصال الواجب صيانة لفظ الحكيم عن اللغو والفساد ما امكن لانا نقول نمنع لزوم
كونه لغواً على ذلك التقدير لان فايدته عدم استحقاق الفقراء الا بعد انقراضهم وعدم دوام لزوم الدوام
والاتصال غير مسلم فالحمل على المجاز ثم انه لو اريد بالاولاد اولاد الصلب وغيرهم لكان قوله وان تقرضوا
اولاد الاولاد بعد قوله فاذا انقرضوا تكراراً لان الضمير في انقرضوا يعود الى الجميع فاستيناف قوله
وانقرضوا اولاد الاولاد مشعر بان ما قبله لم يتناولهم ولئن سلم هذا اتى على القول بصدق الاولاد على اولاد
الاولاد حقيقة فالمفيد ومن تابعه فلا يكون الحمل على اولاد الاولاد هنا على قوله خالياً من البحث وان كان
المتبادر من كلام الشارح الفاضل وشيخنا الشهيد في شرح الارشاد خلاف ذلك اذا تقرر ذلك
فالمختار عند المصنف وهو الاصح عدم اندراج اولاد الاولاد في الوقف وعدم استحقاقهم فيكون الوقف منقطع
الوسط فيجري فيه احتمالا الصحة والبطلان على ما يقتضيه كلام المصنف السابق فعلى الصحة ففي مصرفه بعد انقراض
الاولاد تردد اشار اليه المصنف بقوله فاذا انقرضوا واولاد اولاده عاد الى الفقراء والنماء قبل انقراض اولاد اولاده
لورثة الواقف وعلى القول بانتقاله الى الله تعالى يكون في وجوه البر وعلى القول بانتقاله الى الموقوف عليهم يحتمل الا
شكال ومنشاؤه من ان انتقال الوقف عن الواقف فلا يعود اليه فلا يستحق ورثته فيستحقه شيئاً فيكون لورثته

البطن الاول لانتقاله الى ~~الورثة~~ بعد ~~بغير~~ البطن الثاني اليه وعدم انتقاله عن الى الفقرآء وبنا ان الوقف

في حكم ملك الواقف لان البطن الثاني انما يتلقى منه وبموت البطن الاول لم يبطل وليس ثم موقوف

عليه عين ويمتنع بنآء الملك بعد زواله فيكون لورثة الواقف وفي كلا الوجهين نظر اما الاول

فلان ورثة البطن الاول يمتنع استحقاقهم بالوقف لانتفآء المستحق وبالارث لان الوقف لا يورث

ولانقطاع ملك مورثهم عن الوقف بموته فكيف يورث عنه فكيف بما ليس ملكه واما الثاني فلخروج الملك

عن الواقف فكيف يورث عنه وتلقى البطن الثاني منه يقتضى العقد حيث انه اخرجه عنه على هذا

الوجه حين انشائه لانه يقتضي كونه ملكا وقت تجدده فاذا اريد بكونه في حكم ملكه هذا المعنى لم يقتض

الارث شيئا ولذا اريد عود الملك اليه ثم انتقاله الى ... والذي يقتضيه صحيح النظر بطلان هذا

الوقف لمنافاة الشرط المذكور لما يقتضيه الوقف من الدوام فيتجه ان يصح في المرتبة الاولى حبسا

كما سبق في المنقطع الآخر وليس له غرس شجر في المسجد لنفسه وهل له ذلك للوقف لا قرب المنع

مع النص بهما فيهما لا انه اما الحكم في الاول فلان في الغرس كذلك تغييرا للوقف وتصرفا فيه على

نهج التصرف في الملك واما وجه القرب مع النص في الشق الثاني فظاهر ويحتمل ضعيفا الجواز

لان فيه مصلحة للوقف واما وجه الجواز مع عدم النص فلان مصلحته والوقف خلو عن النص

فلا وجه للمنع والاصح عدم الجواز على كل حال لان المسجد للعبادة وشغل الغرس بالغرس

مانع من الغرض المطلوب منه للصلوة وساير العبادات وفيه ايذاء المصلين بسقوط ورق الشجر

في المسجد وربما نهاه قال في التذكرة ونبه في اخبارنا ان من غرس في المسجد فكانما ربط فيه

خنزيرا ولو نبتت الشجرة بنفسها فيه قلعها وجوبا او جوازا وعدمه اشكال ولو جعل ارضا فيها شجر

مسجدا اقرت فيه لسبق حق الملك ولا يدخل في الوقف الا مع الاشتراك ولا يلزم تفريغ الارض

لان الوقف انما وقع كذلك والفاضل من حصر المسجد والاته يصرف في مسجد آخر بخلاف المشاهد

ربما فرق بين المساجد والمشاهد بان الغرض من المساجد وما يحصل فيها اقامة شعائر الدين وفعل

العبادات فيها وهذا الغرض لا يختلف في المساجد واما المشاهد المقدسة فان الغرض من كل واحد

منها وقفا على قبيل خاص فلا يتجاوز به شرط الواقف والتحقيق ان هذا الفرق يحال الا ان الاصحاب

ذكروا جواز صرف الفاضل من آلات مسجد في مسجد آخر ولا وجه لالحاق المشاهد بها في ذلك ويحتج

فتحم الوقف من المطلق الا ان يقتضي ردا الى المطلق منه لان ذلك يستدعي خروج بعض الوقف

عن حكمه ومقتضى العبارة الجواز اذا اقتضت المصلحة رده الى جانب من اصحاب الوقف لانه يكون شر[البيت]

من الطلق

من الطلق ونمانع منه وقد صرح به في التذكرة وهو حق وعبارة التذكرة قال الشيخ وكنت الجواز وليس بجيد   وهل يجوز قسمة الوقف على بطنين الاقرب المنع مع اتحاد الواقف والموقوف عليه وجه القرب انه يتضمن تغيير الوقف فانه انما يقع على هذا الوجه ولان الحق ليس منحصرا في المتقاسمين فان لمن بعدهم من البطون حقا يأخذونه من الواقف لا على جهة الارث من البطن الاول ويحتمل ضعيفا الجواز لان القسمة افراز حق وتمييز عن غيره فجاز فعلها بين اهل كل بطن وتنقض بانقراضهم ولا ضرر لانتقال الاول لان استحقاقهم انما هو على وجه الاشاعة وذكر عين نائل للتمييز لما فيه من تغيير الوقف نعم يجوز المهاياة توصلا الى استيفاء المنافع اذا عرفت ذلك فاعلم ان البحث عن جواز القسمة وعدمه انما هو مع اتحاد الواقف والموقوف عليه انتفاء الحكم   لو تعدد احدهما والمراد باتحاد الموقوف عليه اتحاده في الاصل فلا تقبل القسمة والقواعد بعدم السبق بين اتحاده في الاصل ثم صيرورته متعددا او تعدده من اول الامر في عدم جواز القسمة وبه صرح في التذكرة   اما لو تعدد الواقف والموقوف عليه فاشكال المراد به ما اذا وقف كل من الشريكين حصته مع الاشاعة وكان الموقوف عليه متعددا بسبب الاختلاف كان احدهما وقف على زيد والآخر على عمرو   او وقف كل من الشريكين عليهما ومنشأ الاشكال من كونهما حيث تعين متغايرين لا تعلق لاحدهما بالآخر فجاز تمييز احدهما من الآخر ولان جواز القسمة من حقوق تمام قبل الوقف والاصل بقاؤه ولان تمييزا لنفس الموقوف عن الطلق جائز عندنا وفي الافتقاد القسمة في محل النزاع تغييرا للوقف لا تغير هنا فمن ولان الاصحاب مع قسمة الوقف الشامل لمحل النزاع وبنى الجواز قوة والظاهر عدم الفرق بين صدور الوقف مع تعدد الواقف صفقة وعدمه لان تعدد الواقف يقتضي تعدد الوقف كما ان تعدد البايع يقتضي تعدد البيع   ولو لم يدرس شرط الواقف قسم بالسوية مع علم اهل الاستحقاق وجهل مقادير السهام او جهل الترتيب بين الطبقة الاولى والثانية عملا بالاصل وبعد السوية اذ ليس بعضهم اولى بالتقدم والتفضيل من بعض وقال بعض الشافعية بالتوقف حتى يصطلحوا وكذا الحكم لو اختلفوا في شرط الواقف ولا بينة ولو علم تفضيل بعض ولم يعرف المفضل احتمل التوقف حتى يصطلحوا او القرعة والظاهر انه لا يرجع الى قول الواقف لو كان حيا اذا قلنا بانتقال الملك عنه كما لا يرجع الى قول البايع عند اختلاف المشتري في كيفية الشراء ويلوح من التذكرة الميل الى قبول قوله لانه المبتدي بالصدقة وقوله متبع   فان لم يعرف الاصحاب صرف   في البر لتعذر الجهة الموقوف

ويقيد الموقوف عليه لبطن الثاني بما ... لان ... الاصل ...

عليها فجرى مجرى ما لو وقف على مصلحة فبطل رسمها ولم يمكن الصرف اليها ولو اجر المتولي
باجرة المثل في الحال فظهر من يزيد لم ينفسخ لصدور العقد على الوجه المعتبر حين وقوعه
والاجارة لازمة فلا يتصور الفسخ ولو اجر بزيادة على المدة المشترط فالاقرب البطلان
في الزايد خاصة وجه القرب انه ضم ما يجوز له فعله الى ما لا يجوز فجرى مجرى بيع ما يملك
وما لا يملك واجارة ما يملك وما لا يملك في صحة العقد فيما يجوز دون الاخر وتبعيض الصفقة
غير موجب للبطلان عندنا ويحتمل البطلان في الجميع لانه عقد مخالف لشرط الواقف فيكون
باطلاً ولان العقد انما تناول المجموع والابعاض تابعة فاذا بطل في المجموع بطل في التابع
لامتناع بقاء التابع من حيث هو تابع مع انتفاء المتبوع والاول قريب على ما يذهب اليه الاصحاب
في نظايره والبطلان احوط ولو خلق حصير المسجد وخرج عن الانتفاع به فيه او تكسر الجذع
بحيث لا ينتفع به في غير الاحراق فالاقرب بيعه وصرف ثمنه في مصالح المسجد يستفاد من قوله
وخرج عن الانتفاع به فيه اي في المسجد وقوله او تكسر الجذع بحيث لا ينتفع به في غير الاحراق
انه لو بقي في واحد منهما جهة انتفاع به في المسجد لم يجز بيعه وهو كذلك للمنع من بيع الوقف
فلو امكن ان يتخذ من الجذع ابواب والواح وجب ولم يجز البيع ووجه القرب انه اذا خرج عن
الانتفاع به في الوقف خرج عن مقصود الواقف لان مقصوده الانتفاع به فلو لم يجز بيعه كان
تضييعاً محضاً ويحتمل ضعيفاً المنع لعموم المنع من بيع الوقف والاصح الاول واذا بيع وجب
ان يشتري بثمنه بدله لانه اقرب الى مراد الواقف فان تعذر صرف ثمنه في مصالح المسجد وفاقاً
للتذكرة واطلق صرف ثمنه في مصالح المسجد هنا وهل يفرق بين ما كان من ذلك وقفاً او بعض ما
اشتري من الوقف او قيل للمتولي هبة حتى يجوز بيع الثاني عند الحاجة فيه احتمال وذكر في
التذكرة انه لا خلاف بين العامة في جواز بيع هذا القسم لانه ملك ولم يثبت هو بشيء وقف

المقصد الثاني في السكنى والصدقة والهبة

جواز البيع في هذا القسم لا يخلو من قوة فاذا بيع لم يتعين شراء مثله بل يصرف في مصالح
المسجد من غير تعيين الاولى في السكنى المراد في عقد السكنى لينتظم مع قوله ولا بد
فيه من ايجاب وفي التذكرة السكنى عقد يفتقر الى الايجاب والقبول والقبض ولا بد فيه
من ايجاب وقبول وقبض ونية التقرب على عدم اللزوم فانه بمنزلة العارية وصرح المص هنا
باشتراط نية التقرب وظاهره انها شرط الصحة وفي اشتراطها نظر وصرح في الدروس بعدم
الاشتراط وهو الاوجه نعم ينبغي اشتراطها كون ذلك في نفسه قربة كالوقف اما نية التقرب فهي

شرط

شرط في حصول الثواب خاصة وحمل شيخنا الشهيد في بعض الحواشي اشتراط القربة على التقرب
على ذلك وهو خلاف ظاهرها وليست ناقلة للملك بل فائدتها تسلط الساكن على استيفاء
المنفعة المدة المشترطة لا خلاف عندنا في ان السكنى لا ينتقل الملك بها الى الساكن بحال
من الاحوال بل فائدتها استحقاق استيفاء المنفعة المدة المشترطة ثم ان قرنت بالعمر
سميت عمرى وان قرنت بالاسكان قيل السكنى وبالمدة فيكون غير السكنى والعمرى وحاصله
ان العقد المسمى بالسكنى فائدته ما ذكره وأسماؤه تختلف بحسب اختلاف الاضافة فان اقترن
التسليط على المنفعة بعمر احدهما قيل عمرى وبالاسكان قيل سكنى وبالمدة قيل رقبى
اما من الارتقاب ومن رقبة الملك وكانت العرب في الجاهلية تستعمل لفظين وهما العمرى
والرقبى فالعمرى مأخوذة من العمر والرقبى مأخوذة من الرقوب لان كل واحد منهما يرتقب
موت صاحبه والايجاب ان يقول اسكنتك او اعمرتك او ارقبتك او شبه ذلك هذه الدار
او هذه الارض مدة عمرك او عمري او سنة في التذكرة او يطلق او يقول ارقبتك هذه الدار
او هي لك مدة حياتك ووهبت منك هذه الدار عمرك ان مت قبلي عادت الي وان مت
قبلك استقرت عليك ثم حكي عن بعض العامة للرقبى تفسيرين احدهما هذا المذكور اخيرًا
يقال ارقبى مأخوذ من الارتقاب وبمعنى رقبة الملك وحكي عن مالك وابي حنيفة بطلان الرقبى محتجين بنهي
النبي صلى الله عليه وآله عنها على بطلانه وباين معناها انها الاخر فاسدًا وهذا تمليك معلوم مخطور ولا يجوز تعليق
التمليك بالخطر وذهب بعض اصحابنا الى ان الرقبى هو قول الانسان جعلت لك خدمة هذا
العبد مدة حياتك او مدة حياتي وذلك مأخوذ من رقبة العبد وظاهر المذهب هو ما ذكره المصنف
ويلزم بالقبض على راي في هذه المسألة للاصحاب على ما نقله جمع ثلثة اقوال اللزوم بالقبض
لعموم اوفوا بالعقود ولقول الصادق عليه السلام في رواية ابي الصباح عن السكنى والعمرى ان كانت جعل
السكنى في حياته فهو كما شرط وان جعلها له ولعقبه من بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم ان
يبيعوا ولا يرثوا وفي معناها حسنة الحلبي عنه عليه السلام وفيها قلت فرجل اسكن داره ولم يوقت قال جائز
ويخرجه اذا شاء وهاتان لم يصرح فيهما باعتبار القبض الا انه لا شك في اعتباره والقائل باللزوم
انما يقول به مع القبض وهو الاشهر والاصح الثاني الجواز للاصل وضعفه ظاهر الثالث
التفصيل وهو اللزوم ان قصد القربة لانها حينئذ هبة معوضة قال شيخنا الشهيد في
بعض الحواشي وفيه دقيقة وهي انه يعلم من هذا التفصيل جواز عدم السكنى عن نية القربة

قال وقد اشترطها في الاستحقاق المقدح بمختصر الخلاف في قولين الدفع وعدمه ثم حمل كلام المقدم على ان المراد اشتراطها الثواب لانه لنفع العقد ولم يصرحوا باشتراط القبض عند القايل بهذا التفصيل لكن تشبيهها بالهبة في بعض العبارات يشعر بذلك ولو قال لك سكنى هذه الدار ما بقيت وحييت صح ويرجع الى المسكن بعد موت الساكن المراد رجوع السكنى لان الدار باقية على الملك فاذا انتقل المنفعة زمانا اتبع الشرط ولو قال اعمرتك هذه الدار ولعقبك رجعت اليه بعد العقب ولا ينتقل الى المعمر وان لم يشرط رجوعها اليه بعده لا ريب ان العمرى لا ينتقل الملك بها الى المعمر بحال عندنا سواء اطلق الاعمار او قيده بالعود اليه والى ورثته بعد موت المعمر او قيده بعد موت المعمر برجوع الاعمار الى عقب المعمر ونسله دايما اذا مات المعمر في الاول وورثته في الثاني رجعت المنفعة الى المعمر المالك ان كان والا فالى ورثته وفصل الشافعي فقال انه اذا اعمر له ولعقبه من بعده صح ذلك وكان هبة وان اقتصر على قوله جعلتها لك عمرك ففيه قولان عنده الجديد انه يصح هبة والقديم اختلف فيه فقيل انه بالبطلان وقيل بالصحة على ما عاهدته وان قيد بعودها الى المعمر او الى ورثته فالبطلان والصحة هنا مبنيان على ما قبله ونصوص الاصحاب مصرحة بتمامه المنفعة في رواية ابي الصباح السالفة ويرجع الدار الى صاحبها الاول وكل ما صح وقفه صح اعماره من الحيوان والاثاث لان العمرى نوع اعارة الشيء بما نوع صدقه بالمنافع لما جازت كما تجوز في الملك ولو قرن الهبة بمدة بطلت الظاهر ان المراد بذلك في غير العمرى والرقبى كما قيده به في التذكرة فلو وهب مدة نقل الملك لم يصح اذ لا يعقل التمليك الموقت كالبيع بخلاف العمرى والرقبى لانهما عندنا لا ينقلان الاعيان اما لو اعمر بلفظ الهبة فلا مانع من الهبة لان العمرى في معنى الهبة للمنافع وقد حكينا سابقا عن التذكرة التصريح به واذا وقت السكنى لم يكن له الرجوع قبل الانقضاء مع القبض وكذا لو قرنت بعمر المالك اي ليس له الرجوع قبل الانقضاء مع القبض بناء على لزوم العقد بالقبض كما سبق فان مات الساكن فلورثته السكنى حتى تنقضي المدة او عمر المالك فهذا دليل على ان السكنى تقتضي نقل المنافع الى ملك الساكن نقلا تاما والا لم تورث عنه وفي هذا اشعار بجواز التقايل في هذا العقد بخلاف الوقف وكذا قولهم انه في معنى الهبة للمنافع ولم اجد به تصريحا ويأتي في الحبس مثله ولو قرنت بعمر الساكن فمات المالك لم يكن لورثته ازعاجه قبل

وفات

وفاته مطلقاً على رأي لم يكن لورثة المالك ازعاج الساكن قبل وفاته حيث ان السكنى مقرونة
بعمر الساكن مطلقاً اي سواء كان ثلث التركة وافياً بقيمة الدار او لا وهذا هو المشهور والمفتى
به وقال ابن الجنيد ان كانت قيمة الدار يحيط بثلث الميت لم يكن لهم اخراجه وان كان ينقص
عنها كان ذلك لهم لما رواه خالد بن نافع البجلي عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل جعل لرجل سكنى
دار حياته يعني صاحب الدار فمات الذي جعل السكنى بيت ان اراد الورثة ان يخرجوه من الدار
لهم ذلك فقال ارى ان تقوم الدار بقيمة عادلة وينظر الى ثلث الميت فان كان في ثلث ما يحيط بثمن
الدار فليس للورثة ان يخرجوه وان كان الثلث لا يحيط بثمن الدار فلهم ان يخرجوه قيل له ارأيت
ان مات الرجل الذي جعل له السكنى بعد موت صاحب الدار يكون السكنى لورثة الذي جعل له السكنى
قال لا قال الشيخ ما تضمن هذا الخبر من قوله يعني صاحب الدار حين ذكر ان رجلا جعل لرجل سكنى
داره فانه غلط من الراوي ووهم في التأويل لان الاحكام التي ذكرها بعد ذلك انما يصح اذا كان
تحمل السكنى حياة من جعلت له السكنى واجاب المصنف في المختلف بالحمل على الوصية وتعلقها بما لو كانت
السكنى في مرض الموت وفيه شيء وهو ان ذلك لا يوجب اعتبار خروج جميع قيمة الدار من الثلث
ما نقص منها بذلك كما سيأتي ان شاء الله نعم تحقيقه في الوصية والطعن فيها بضعف السند لعمل
على المشهور لان العقد المنجز في حال الصحة ماض كسائر العقود سواء تعلق بعين او منفعة
فان للمالك اتلاف ماله كما حققناه في الاجارة لو مات الموجر في خلال المدة ولو مات
الساكن لم يكن لورثته السكنى لان العقد انما يقتضي سكناه مدة حياته ولو لم يعين مدة
كان له اخراجه متى شاء وذلك لان السكنى المطلقة لا تنصرف الا فيما يقع عليه مسمى الاسكان
عرفاً ولغوياً وادونه ان صدق عليه الاسم وقد تضمنه حديث الحلبي عن الصادق عليه السلام
ولا تبطل السكنى بالبيع بل يجب توفية ما شرط له ثم يتخير المشتري مع جهله بين الرضا مجاناً او الفسخ
انما لم تبطل بالبيع لانها عقد لازم كما قدمناه فكانت كالاجارة ولرواية الحسين بن نعيم عن الكاظم
عليه السلام قال سألته عن رجل جعل داره سكنى لرجل ايام حياته او جعلها له ولعقبه من بعده
هل هي له ولعقبه كما شرط قال نعم قلت فان احتاج بيعها قال نعم قلت فينقض بيعه الدار السكنى
قال لا ينقض البيع السكنى كذلك سمعت ابي عليه السلام قال قال ابو جعفر عليه السلام لا ينقض البيع الاجارة
ولا السكنى ولكن يبيعه على ان الذي يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى تنقضي السكنى على ما شرط
وكذلك الاجارة الحديث اذا تقرر هذا فالمشتري ان كان عالماً بالحال فلا خيار له بل يصبر حتى

ستقضي المدة وان كان جاهلاً تخير بين الصبر مجاناً الى انقضاء المدة وبين الفسخ لان فوات المنفعة
عيب ولو قرنت السكنى بالعمر بطل البيع على اشكال هذا جار مجرى التقييد لما اقتضاه كلامه
السابق من صحة البيع مع الاسكان وتحقيقه ان السكنى ان كانت مطلقة او مقيدة بمدة معلومة
صح بيع المسكن معها قطعاً وان قرنت بالعمر ففي صحة البيع اشكال ينشأ من عموم اوفوا بالعقود
وانه لا منافاة بين البيع والسكنى لان موردهما مختلف وللرواية السالفة الدالة على ذلك فانها صريحة
في ذلك وهو اختيار ابن الجنيد ومن ان المنفعة هي الغرض المقصود في البيع ولهذا لا يجوز بيع ما لا
منفعة فيه وزمان استحقاق المنفعة في محل النزاع مجهول وقد منع الاصحاب من بيع المسكن
الذي يعتد فيه المطلقة بالاقراء لجهالة وقت الانتفاع فهنا اولى لامكان استثناء المطلق اذا باع مدة
يقطع بعدم زيادة العدة عليها بخلاف ما نحن فيه وللنظر في كل من الطرفين مجال واطلاق
السكنى تقتضي ان يسكن بنفسه واهله واولاده ولا يجوز له اسكان غيرهم الا مع الشرط الا ان يوجد
المسكن الا مع الاذن هذا مذهب الشيخ واكثر الاصحاب واضاف في التذكرة الى الاولاد من جرت العادة
باسكانه معه كغلامه وجاريته ومرضعة ولده وهو حسن وكذا الضيف والدابة اذا كان
الموضع محتملاً لذلك وقال ابن ادريس الذي تقتضيه اصول المذهب ان له جميع ذلك وان له اجارته
وانتقاله عنه واسكان غيره معه سواء كان ولده وامرأته او غيرهما سواء اذن له في ذلك ام لم يأذن لان
منفعة هذه الدار استحقها وصارت مالاً من امواله فكان له استيفاؤها كيف شاء بنفسه وبغيره
والاصح الاول لان الاصل عصمة مال الغير خرج عنه المسكن بصريح الاذن واهله واولاده ومن
جرى مجراهم قضية للعرف فصاروا كالمأذون قطعاً وما عدا ذلك فعلى اصل المنع ودعوى استحقاق
المنفعة مطلقاً مردودة لان العقد انما اقتضى السكنى له ولمن يتبعه دون الاجارة واسكان
الغير نعم لو اشترط ذلك في العقد جاز واذا اذن في الاجارة فالاجرة للساكن ولا يجب العمارة
على احدهما ولا له منع الآخر من غير الضرر منها اما عدم الوجوب على احدهما فظاهر لان المالك
لا يجب عليه عمارة مسكنه ولا يجب على الساكن عمارة مسكن غيره واما عدم المنع فلان مريد العمارة
ان كان هو الساكن فاستيفاء المنفعة حق له وللعمارة مدخل في اصل الاستيفاء او في تكميله
مع ان ذلك مصلحة للمالك اذ الغرض ان لا ضرر فيها واما المالك فلان منعه من تعمير ملكه
ضرر مع ان ذلك مصلحة للساكن اذ الغرض ان لا ضرر فيه وينبغي منع الساكن من العمارة التي
لا تستدعيها السكنى عادة وقوفاً مع ظاهر العقد واصالة عصمة مال الغير الا مع الضرورة

من احدى الجانبين فلا بحث في عدم الجواز الا باذن / واذا حبس فرسه في سبيل الله او غلامه في
خدمة البيت او المشهد او المسجد لزم ولا يجوز تغييره ما دامت العين باقية يصح الحبس كما يصح
الوقف والسكنى والظاهر انه لا بد من العقد والقبض والقربة ولم يصرحوا بذلك هنا وهو قسمان
احدهما ان يحبس فرسه في سبيل الله او غلامه في خدمة البيت الحرام او المشهد او المسجد ومعونة
الحاج فاذا فعل ذلك على وجه القربة لزم ولم يجز له فسخه بحال وصرح المص في التحرير وشيخنا في الدروس
بان هذا القسم يخرج عن ملك المالك ولا يعود اليه ابدا لانه يخرج بالعقد ومقتضى ذلك عدم
توقفه على القبض وهو مشكل وعبارة المص هنا وفي التذكرة يشعر بعدم الخروج عن الملك حيث قال
ولا يجوز تغييره ما دامت العين باقية وقال في التذكرة ايضا في مطلق الحبس انه كالوقف المنقطع
ولو حبس شيئا على رجل فان عين وقتا لزم ورجع الى الحابس او ورثته بعد المدة وان لم يعين
كان له الرجوع متى شاء   هذا هو القسم الثاني وقد صرح في الدروس بعدم خروجه عن الملك
حيث قال ولا يجوز تغييره ما دامت العين باقية وقال في التذكرة ايضا في مطلق الحبس وهو الذي
يقتضيه النظر وعبارة المص هنا وفي التحرير والتذكرة وان لم تكن صريحة في ذلك الا ان الظاهر
ارادة ذلك ايضا ورواية ابن اذينة البصري عن ابي جعفر ع بان امير المؤمنين وصى برد الحبس
وانفاذ المواريث دليل على بقاء الملك ولم يفرق في التذكرة بين الحبس على الفقراء وعلى زيد وللنظر
فيه مجال   ولا بد فيها من ايجاب وقبول وقبض ونية القربة فلا رجوع لا ريب ان الصدقة لا تتم
الملك بدون نية القربة الا ان ما ذكره في الاحتجاج على ذلك بالاية لا يحتاج الى القبول وهو قوله
تعالى وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ ينافي ذلك لانهم فسروا الصدقة هنا بالابراء فان تم ذلك اقتضى
عدم اشتراط نية القربة في الصدقة بل ولا القبول مع تصريحهم باشتراطه   ويلزم
مع الاقباض قال الشيخ في المبسوط صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة في جميع الاحكام من شرطها
الايجاب والقبول ولا يلزم الا بالقبض وكل من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة ومحصل
هذا الكلام ان الصدقة لا تلزم بالقبض مطلقا بل في موضع لا يجوز الرجوع في الهبة والاكثر من الاصحاب
على عدم جواز الرجوع مطلقا لانها في معنى الهبة المعوضة لان قصد القربة يقتضي الثواب
ولدلالة الاخبار الواردة بان الذي يعود في صدقته كالذي يعود في قيئه على ذلك لان العود
في القيء حرام قطعا فهنا كذلك وهو ان كلام الشيخ يقتضي عدم اشتراط نية القربة في الصدقة
والا امتنع الرجوع على جميع الاحوال لان الهبة المتقرب بها يمتنع الرجوع فيها فاللازم احد امرين

اما عدم خلاف للشيخ في هذه المسألة او عدم اشتراط نية القربة في الصدقة وقد صرح بخلافه فيه
هنا فيتعين الاول والثاني وكيف كان فالحق عدم الرجوع في الصدقة بوجه ولو قبض بدون
اذن المالك لم يملك به لان القبض المعتبر هو ما اذن فيه شرعا لان المنهي عنه غير منظور اليه
عند الشارع كما في الهبة والوقف واذا تمت لم يجز الرجوع فيها مطلقا اي بحال من الاحوال
خلافا للشيخ وهذا تفريع من الماتن بما اقتضاه قوله ويلزم مع الاقباض وصدقة السر افضل
من الجهر الا مع التهمة بترك المواساة فاما افضلية صدقة السر فلنص الكتاب والسنة على ذلك قال تع
وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم وقال رسول الله ص السر تطفي غضب الرب وغير ذلك
من الاخبار وهذا اذا لم يستلزم اخفاؤها اتهامه بترك المواساة اما اذا استلزم ذلك فالاظهار
اولى فانه لا ينبغي ان يجعل عرضه عرضة للتهم ولو قصد بالاظهار متابعة الناس له في ذلك واقتدا
به فكذلك تحريضا على نفع الفقرا وهذا في الصدقة المندوبة اما المفروضة فاظهارها افضل
مطلقا صرح في الدروس قال في الصحاح آسيته بالمواساة اي جعلته اسوتي وواسيته لغة
ضعيفة فيه قوله والمفروضة من الصدقة محرمة على بني هاشم الا منهم او عند الضرورة وقد سبق تحقيق
ذلك في الزكاة واما المندوبة وغير الزكاة كالمنذورة اما جواز المندوبة لهم فلقول النبي ص
من صنع الى احد من اهل بيتي يدا كافيته يوم القيمة وغيره من الاخبار وكذا ما كان من الواجبات
غير الزكاة كالمنذورة للاصل فيندرج في اطلاق عبارة المهذب والكفارات وقد صرح في التذكرة
في كتاب الزكاة بجواز الكفارة لهم وفيه قوة لانتفاء دليل المنع واستثنى في التذكرة من بني هاشم
النبي ص قال الاقوى تحريم الصدقة المندوبة عليه لان فيها الغض والنقص وتسلط المتصدق
وعلو مرتبته على المتصدق عليه ومنصب النبوة ارفع من ذلك واجل واشرف ولقوله ع انا اهل
بيت لا تحل لنا الصدقة والفرق بينها وبين الهدية ان الهدية لا تقتضي نقصا ولا غضا في
العادة بل هي جارية على الحشم ومال الى الحاق الائمة المعصومين عليهم السلام به في ذلك تنزيها لهم
عن نقص التصدق والرواية عن الصادق ع عن ابيه الباقر ع انه كان يشرب من سقايات بين
مكة والمدينة فقيل له اتشرب من الصدقة فقال انما حرم علينا الصدقة المفروضة من
طرق العادة على ما ذكر في التذكرة وفي التذكرة محتمل والاقرب جواز الصدقة على الذمي
ظاهره عدم الفرق بين الرحم وغيره وقد سبق في الوقف تقييد الجواز بكونه رحما ولم يصرح المص
هناك بشي لكن الجواز مطلقا في الصدقة والوقف لا يخلو من قوة ودليل ذلك يعلم مما تقدم

في الوقف

في الوقت   ومنها الصدقة المندوبة في شهر رمضان روى العامة انه رسول الله ص كان
اجود ما يكون في شهر رمضان ومن طريق الاصحاب كان رسول الله ص اذا دخل شهر رمضان
اطلق كل اسير واعطى كل سائل والاخبار في ذلك كثيرة   والجهلاء افضل من غيرهم وللاقارب
افضل من الاجانب   روى العامة عن رسول الله ص انه قال الصدقة على المسكين صدقة وعلى ذي الرحم
ثنتان صدقة وصلة وروى اصحابنا عنه انه سئل اي الصدقة افضل قال على ذي الرحم الكاشح
وقال ع لا صدقة وذو الرحم محتاج والاخبار في الحث على صلة الرحم والاحسان الى الجيران كثيرة
ومن احتاج اليه لعياله لم يستحب له التصدق ولا ينبغي ان يتصدق بجميع ماله اي من احتاج
الى ما يريد ان يتصدق به لعياله لم يستحب له التصدق بالصرف وذلك في النفقة اولى وكذا اذا   يون
اذا احتاج اليه صرفه في الدين فلا يستحب الصدقة الا اذا فضل عن النفقة والدين وحينئذ فالافضل
له ان لا يتصدق بجميعه بل يكره كراهة شديدة لما في ذلك من التعرض الى الحاجة وسؤال الناس
وهو شديد الكراهة صرح بذلك في التذكرة بدل عليه قوله تع ولا تبسطها كل البسط وما رواه العامة
من ان النبي ص رد من اتاه بمثل البيضة من الذهب وقال انما صدقة وانه لا يملك غيرها واوما الى ان علة
ذلك تعرضه للسؤال الان قال ع خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وفي معناه من طريق الاصحاب
كثير فان قيل فقد دلت الاية والحديث على فضيلة الايثار قلنا ذاك على نفسه لا مطلقا جمعا بين الادلة
الاولى ان اركانها وهي ثلثة عدة اركان الهبة ثلث العقد والموهوب والقبض ولقائل ان
يقول ان عد الموهوب من اركان الهبة يناسب عد الواهب والمتهب ايضا ولا يقال ان الايجاب
والقبول اللذين هما العقد اذ عدا ركنا اغنى عن عد الواهب والمتهب كما لا يخفى لانا نقول فيغني
عن عد الموهوب لانه متعلقهما وهنا كلام آخر وهو انه اعتبر في العقد ولا بناء في ذلك الايجاب
والقبول والقبض وذلك يشعر بدخوله في حقيقة العقد ثم انه قد عده فيما بعد ركنا ثالثا وفيه منافاة
ويمكن ان يقال ان قوله ولا بد فيه ح اعم من ان يراد به الجزء والشرط لان كلا منهما لا بد منه فيما
هو جزء منه وشرط له ولا ريب ان القبض معتبر في العقد ولا ينافي ذلك عده ركنا في الهبة وفيه
نظر لان الهبة ان كانت هي العقد فاعتبار القبض فيه ثم عده ركنا تكرار محض مع انه غير صحيح في نفسه
لان القبض لا يستقيم عده ركنا للعقد لان ركن الشيء داخل فيه والقبض خارج عن العقد لانه
الايجاب والقبول ولا يستقيم عده شرطا له ايضا لان الشرط لا بد من تقدمه على المشروط ومصاحبته
اياه وان كان اثره فهو المناسب فالقبض انما يعتبر فيها على انه شرط في العقد سبب وكلا منهما جزء السبب

فعلى كل تقدير لا يتجه ما ذكره المص العقد ولا بد فيه من ايجاب وهو اللفظ الدال على تمليك العين
من غير عوض منجزا فاللفظ واقع موقع الجنس واحترز به عن الفعل الدال على ذلك كنثار العرس
واحضار الطعام بين يدي الضيف والموت المقتضي للتملك بالارث وحيازة المباحات كالاحتطاب
والاحتشاش واحترز بالدال عن المهمل وبكون الدلالة على التمليك عن نحو العارية وبكونه للعين
عن نحو الاجارة وبقوله من غير عوض عن نحو البيع والصلح على الاعيان وبقوله منجزا عن نحو الوصية بالاعيان
وينتقض طرده بالوقف والصدقة ولو قيد اللفظ بكونه مجردا عن القربة لاغنى عن ذلك وينتقض عكسه
بالاشارة للاخرس والهبة المشروط فيها الثواب وجوابه ان المتبادر من التمليك هو التام فيخرج الوقف
وان تقييد التمليك بكونه من غير عوض يقتضي اخراج الصدقة كما يقتضي اخراج الوقف لانها مشروطة
بالقربة المستتبعة للثواب فانه عوض بالنظر الى الوضع اللغوي وفرق اهل الكلام بينه وبين العوض
غير قادح والاشارة للاخرس بمنزلة اللفظ مع تعذره فانه يفهم خروجها والمراد من قوله من غير
عوض ان العوض غير لازم فيها ابتداء العوض اصلا كما نبه عليه في التذكرة والهبة المشروط فيها
العوض لا يلزم فيها ذكر العوض حتى لو جردها عنه صحت بخلاف نحو البيع واعترض بان الملك لا يحصل
بمجرد هذا اللفظ بل لا بد من القبول والقبض واجيب بان المراد بالدال ما يعم الدال بواسطة او ان الدلالة
اعم من التامة والناقصة وليس بشيء لانه لا يراد بالدال المعرف للحكم يجب ان يترتب على الايجاب حصول
الملك فيحتاج الى هذا التكلف بل المراد به الدال باعتبار الوضع على انشاء التمليك وهذا الايجاب
لا شيء من هذه التكلفات معه كقوله وهبتك وملكتك واهديت اليك وكذا اعطيتك وهذا لك مع
النية انما يصح الايجاب بقوله هذا لك مع انه لا بد من كونه بلفظ الماضي لانه اصرح من غيره في الدلالة على
الانشاء لان اسم الاشارة يشبهه وانما اعتبر النية في هذا القسم لعدم صراحته في الدلالة على الايجاب
كالذي قبله ومن قبول وهو اللفظ الدال على الرضا كقوله قبلت اي على الرضا بالايجاب ولما
كانت الهبة عقدا يقتضي نقل الملك وربما كانت لازمة اعتبر فيها ما يعتبر في العقود اللازمة
من مقارنة القبول بحيث يعد جوابا للايجاب وكونهما باللفظ العربي وما يدوم ما يشترط في العقود
اللازمة فلو وهبه شيئا فقبل الهبة في البعض ففي صحة الهبة في البعض منه وجهان يلتفتان
الى عدم المطابقة بين الايجاب والقبول وان الهبة ليست كعقود المعاوضات لانها تبرع محض
ومن تبرع بشيء فهو راض بالتبرع ببعضه بخلاف البيع ويحتمل لان الاغراض تختلف اختلافا
بينا في الاعواض لابتناء المعاوضات على المغابنة والمكايسة واختار المص في التذكرة الثاني وهو

قريب

قريبا ان لم تكن الهبة معوضة ولم تدل قرينة على ارادة ذلك خلافا لمراد الواهب ويشترط صدورها
من مكلف جائز التصرف المراد صدورها من كل منهما من مكلف جائز التصرف فلا يصح من الصبي
وان بلغ عشرا ولا المجنون ونحوهما ويجوز ان يتولى كلا من الايجاب والقبول الوكيل والولي ويتولاه هام
الواحد فيكون موجبا قابلا فلا يشترط تغاير الموجب والقابل على اقوى الوجهين ولا فرق بين الاب
والجد وغيرهما خلافا للشيخ في المبسوط حيث اعتبر في غيرهما صدور القبول من الحاكم او امينه وهو
ضعيف قال المص في التذكرة ولو قال جعلته لابني وكان صغيرا فان قلنا بالاكتفاء بالكنايات
في العقود على ما هو مذهب بعض الشافعية وبالاكتفاء من الاب في تمليك ابنه الصغير باحد
شقي العقد صار ملكا للابن والا فلا مع انه سلف في كلام قبل هذا ان الهبة لا تصح بالكنايات
مع انه صرح في الاكتفاء بقوله هنا لك وفي الفرق بينه وبين جعلته لك توقف وكيف كان فالاصح
عدم الاكتفاء بالكناية ولا بالايجاب وحده وهبة ما في الذمة لمن عليه الابراء لا يشترط فيه
القبول ولا يصح لغيره على راي هنا مسئلتان والثاني في كل منهما الاولى هبة الدين لمن عليه ابراء
لا يشترط فيه القبول عند جمع من الاصحاب لانه اسقاط لا انتقال شي الى الملك فهو بمنزلة تحرير العبد
وللظاهر قوله تع فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ فاعتبر مجرد الصدقة ولم يعتبر القبول
وفيه نظر لان الصدقة يعتبر فيها القبول وفي معنى ذلك قوله تع في الدية الا ان يصدقوا والكلام
فيه كما سبق وقال الشيخ في المبسوط وابن زهرة وابن ادريس يشترط لاشتماله على المنة ولا يجبر على
قبولها كهبة العين ولو لم يعتبر القبول اجبر على قبول المنة واجاب المص بالفرق بين التمليك والاسقاط
اقول انه لا شك في الفرق بين نقل الملك في الاعيان وبين اسقاط الحق من الذمة فانه لو ابرا مالك الوديعة
المستودع منها مثلا لم يملكها بذلك وان قبل وكذا غيره وكذا لو اسقط حقه من مملوكه لم يخرج من ذلك
عن ملكه بخلاف الدين فانه قابل لذلك لانه ليس شيئا موجودا مملوكا فكان اشبه شي بالعتق ومما
يدل على عدم اشتراط القبول قوله تع الا ان يعفون او يعفوا الذي بيده عقدة النكاح فاكتفى في سقوط
الحق بمجرد العفو ومعلوم ان القبول لا دخل له في مسماه وللاكتفاء بمجرد العفو في الحدود والجنايات
الموجبة للقصاص والخيار وكلها في معنى واحد والاصح عدم الاشتراط الثانية هل يصح هبة الدين
لغير من هو عليه ام لا اختلف كلام الاصحاب في ذلك فقال الشيخ وابن ادريس يصح واختاره المص
في المختلف لانه يصح بيعه والمعاوضة عليه فيصح هبته كالعين وقيل لا يصح واختاره المص هنا
لان القبض شرط وما في الذمة يمتنع قبضه ومن ثم قال الشيخ في المبسوط انه يمتنع وقد قيل الموهوب

الماهية وبقبضها يمكن بقبض احد جزئيها او هبته نظراً لان الموهوب هو الماهية وهي غير الجزئيات
قطعاً فان قيل فكيف صح بيع الدين مع ان المبيع لابد ان يكون مقدوراً على تسليمه قلنا يمكن الفرق بان
القدرة على تسليمه يكفي فيها بانه يتحقق المعاوضة وحقيقتها يكفي فيه القدرة على تسليم بعض افراد الماهية
المعدود احد العوضين ويدخل في ملك المشتري من غير توقف على قبض ثم يستحق المطالبة بالاقباض
بخلاف الهبة فان الاقباض له دخل في حصول الملك فلا بد ان يقبض الواهب الدين ثم يقبضه المتهب فاسمع
نقله الى ملك المتهب حين هو دين وكذا بعد تعيين المديون له قبل قبض الواهب لانتفاء الملك ويقبض
الواهب يحدث الملك له فيمتنع تقدم انشاء الهبة عليه اذ يكون هبته حينئذ بمنزلة هبته ما سيملكه
ببيع وغيره وذلك غير جائز قطعاً والاصح عدم الجواز مطلقاً لان قول المص وهبته ما في الذمة لمن عليه ابراء
لا يشترط فيه القبول يلوح منه ان كون الابراء لا يشترط فيه القبول امر معتمد لانه اسقاط محض
وان هذا العقد من افراد الهبة لانه لو كان ابراء في المعنى لم يشترط فيه القبول كما هو صريح كلام بعض العامة
مع احتمال العبارة غير ذلك وعبارة الشيخ وغيره تقتضي التردد في الابراء ايضاً على ما حكاه المص
في التذكرة عنه والمراد على لطفل القبول مع العجلة فلو وهب اياه الفقير العاجز لم يصح قوله
حذراً من وجوب الانفاق احترز بكون الاب فقيراً عما لو كان له مال بناء على ان العبد يملك فانه يصح
المالك للواهب اياه لولده لكن قد يناقش هنا بان المال يدخل في ملك الولد بالهبة فيصير من جملة امواله
فيكون انفاقه على ابيه لانفاقه غيره من امواله فلا يكون مسوغاً لبطلان هبته نعم لو شرط في هبته المال بقاء
تبعيته للاب امكن عدم القبول هنا مع احتمال المنع لامكان فناء المال قبل موت الاب فيلزم الانفاق
عليه من مال الولد فيتحقق الضرر الا ان يكون المال كثيراً يقتضي العادة لانتفاء المحذور معه فيصح جزماً
واحترز بكون الاب عاجزاً عما لو كان كسوباً فانه لا ضرر حينئذ ويكفي في العجز عجزه عن بعض النفقة
ويمكن التقييد بقيدين آخرين احدهما غنى الابن فعلاً او قوة اذ مع الفقر لا محذور لا يقال يمكن
تجدد المال للولد فيلزم المحذور لانا نقول ويمكن تجدد ذلك للاب او موت احدهما والحاصل ان
الاصل عدم تجدد ما يكون مانعاً ولا يخفى ان قول المص حذراً من وجوب الانفاق يشعر بهذا القيد
لان الابن اذا كان فقيراً لا نفقة عليه الثاني ان يكون الصبي لم يبلغ عشراً ولا حاجة الى هذا القيد
لان المص لا يجوز صدقة ذي العشر على القول وينبغي تقييد الاب بالنسبي لان الاب من الرضاع لا نفقة
له ولا يخفى ان المتبادر من الاب هو الاول فرع لعله للانفاق شعر بهذا القيد على كل تقدير ثم حين
فهل الولاية بقبول هبته من ينعتق عليه الجنة العمد اذا كان العتق فقيراً لتوقع المحذور وهو انه في المال

بسبب القبول

بسبب العقود ولا يكفي المعاطاة والافعال الدالة على الايجاب نعم يباح التصرف اي لا يكفي في
حصول الملك المعاطاة اعني اعطاء الواهب واخذ المتهب واعطاء احدهما الهبة والآخر الثواب
وكذا الافعال الدالة على الايجاب اقتصاراً على الاسباب الشرعية التي ثبت نقلها للملك وهي العقود
دون الافعال يباح التصرف بذلك كما يباح للضيف الطعام بوضعه بين يديه واخذ نثار العرس
والهدية كالهبة في الايجاب والقبول والقبض الهدية من نوع الهبة مقرونة بما يشعر باعظام
المهدى اليه وتوقيره ولا يشترط لتحققها كونها على يد رسول خلافاً لبعض الشافعية لانتظام ان
يقول المهدي لمن حضر هذه هدية اليك وهل يشترط فيها الايجاب والقبول والقبض اختلف الاصحاب
في ذلك فاختار المصنف هنا الاشتراط لانها نوع من الهبة فيشترط فيها ما يشترط في الهبة ويلوح من كلامه
في التذكرة عدم اشتراط الايجاب والقبول ولم يصرح به محتجاً بان الهدايا كانت تحمل الى النبي
من كسرى وقيصر وسائر الملوك فيقبلها ولا لفظ هناك واستمر الحال على هذا من عهده الى هذا الوقت
في سائر الامصار ولهذا كانوا يبعثونها على يدي الصبيان الذي لا يعتد بعبارتهم لا يقال ان
ذلك كان اباحة لا تمليكاً لانا نقول لو كان كذلك لما تصرفوا فيه تصرف الملاك ومعلوم ان النبي كان
يتصرف فيه ويملكه غيره من الصحابة وغيرهم وقد اهدي له حلة فاعطاها علياً ع وبعث مارية
القبطية ام ولده كانت من الهدايا وهذا قوي متين ويندفع ان الهدية مبنية على الحشمة والاعظام
وذلك يفوت مع اعتبار الايجاب والقبول ويقتضي مقصودها من الانس وصيانة المهدى اليه بالتملك
وسؤال الرسول هل هو وكيل ام لا على تقدير اعتبار عبارته وعند ذلك يرتفع من مقصودها ولا
يصح تعليق العقد ولا توقيته ولا تاخير القبول عن الايجاب بحيث يخرج عن كونه جواباً لان مع التعليق
لا جزم بانشاء التعليق وتاقيته للملك بحيث يمنع من دون سبب ناقل لا يعقل وقد سبق مثل هذا
في السكنى وهو قوله ولو وقت الهدية بطلت ويصح هبة المشاع مشاعاً او مقسوماً
من الشريك وغيره لا خلاف بين اصحابنا في صحة هبة المشاع كما يصح بيعه من الاعيان سواء كان مشاعاً
او مقسوماً من الشريك وغيره لان ذلك قابل لنقل الملك والا فاقتضى صحت هبته اذ لا مانع الا
اعتبار العوض في البيع دون الهبة ولما روي ان وفد هوازن لما جاؤوا الى النبي ص يطلبون ان
يرد عليهم ما غنم منهم قال ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم وهذا هبة المشاع وقال ابو حنيفة
ان هبة المشاع الذي يمكن قسمته لا يجوز لغير الشريك بخلاف ما لا يمكن قسمته فانه يجوز وكذا يجوز
هبة المنقسم للشريك وبالغ فقال ان هبة المنقسم من اثنين لا يجوز محتجاً بان القبض شرط في الهبة

كتاب الهبات

وجوب القسمة تمنع من صحته وتمامه وليس بشيء   ولا يصح هبة المجهول كأحد العبدين لا بعينه
والحمل واللبن في الضرع ويصح في الصوف على الظهر وكل معلوم العين وإن جهل قدره ذهب المص في التذكرة
إلى أنه يصح هبة المجهول لأنها تبرع فصحت في المجهول كالنذر والوصية بخلاف البيع وغيره من
المعاوضات المبنية على المكايسة ولأصالة الصحة ولانتفاء الغرر ومنع بعض العامة من هبة المجهول
كما اختاره المص هنا وفصل بعضهم بأن الجهل إن كان من طرف الواهب لم تصح الهبة لأنه غرر في حقه
وإن كان من المتهب صحت لانتفاء الغرر فعلى مختار التذكرة يجوز أن يهبه شاة من غنمه وعبدا من عبيده
أو قطعة من هذا الثوب أو من هذه الأرض ثم يعين ما شاء وقد صرح بذلك ثم ومنعه هنا وفي التحرير
وفي الصحة بعد لأن الموهوب هو ما ليس بمعين وغير المعين يمتنع اقباضه والجمع أن يقال إن كانت الجهالة
مفضية إلى كون الموهوب غير معين منعت صحة الهبة ولا تضر جهالة النوع والوصف والقدر لأن الغرر غير
قادح هنا والفرق بين الهبة والنذر أن النذر يتعلق بشيء في الذمة وكذا الوصية بخلاف الهبة فعلى
هذا يصح هبة الحمل في البطن واللبن في الضرع ويكون التسليم بتسليم الأم وبه صرح في التذكرة وكذا حكم
الصوف على الظهر   ولا يصح هبة دهن السمسم قبل عصره وكذا ما جرى مجراه لأنه في حكم المعدوم
ولا هبة المعدوم كالثمرة المتجددة وما يحمل الدابة لامتناع تمليك ما ليس بمملوك   ويصح هبة المغصوب
من الغاصب وغيره والمستأجر من غير المستأجر والآبق والضال والكلب المملوك صرح المص في التذكرة
بمنع هبة المغصوب من غير الغاصب لامتناع اقباضه وكذا هبة الضال والآبق وهو ضعيف لأن اقباضه
ممكن إن كان غيره قادرا على تسليمه الآن فيصح العقد ويتم بالإقباض وكذا هبة المستأجر من غير المستأجر أما
الهبة من الغاصب والمستأجر فلا بحث في جوازها ويجوز هبة المستعار من المستعير وغيره قولا واحدا لانتفاء
المانع والكلب المملوك كغيره من الأموال يصح هبته كبيعه خلافا لبعض الشافعية أما غيره فلا ولا يخفى أن المص
لو قال والمستأجر من المستأجر وغيره لكان أحسن وأشمل وأبعد من الوهم   ولو وهب المرهون فإن
بيع ظهر البطلان وإن انفك فللراهن يصح هبة المرهون من المرتهن فإن كان في يده لم يفتقر إلى
تجديد قبض لما سيأتي إن شاء الله تعالى وإلا فلا بد من اقباضه ولو وهبه من غير المرتهن صح على الأقوى لأن
حق الرهانة لا يصلح للمانعية نعم يقع العقد موقوفا على إجازة المرتهن فإن أجاز بطلت الرهانة
فإن رجع الراهن لم يعد الرهن وإن لم يجز لم يحكم بالبطلان حينئذ على الأصح بل ينتظر فإن بيع الرهن
تقدم بطلان الهبة وإن انفك فللواهب الخيار في الاقباض فإن اقبض لزمت ووجهه أن في ذلك رضا
لتصرف المالك عن البطلان مهما أمكن ولأن فيه جمعا بين الحقوق كلها   وفي صحة الاقباض من حال الراهن

مضمون

من دون اذن المرتهن اشكال ينشأ من صدق حصول القبض فان النهي في غير العبادات لا يدل على
الفساد ومن ان اقباضه منهي عنه والنهي اذا توجه الى بعض اركان العقد كان غير معتبر في نظر الشارع مع م
فلا يكون العقد معتدا به كالنهي عن بيع المجهول بخلاف البيع وقت النداء فلا اثر بعدم الصحة
فان سوغناه لم يحصل به الملك فان فك صحت الهبة اي فان حكمنا بصحة القبض حالة الرهن
بدون اذن المرتهن لم يحصل به الملك لتعلق حق المرتهن لكن اذا فك الرهن ظهر اثر القبض
حينئذ وصحت الهبة ولا يصح هبة الدين لمن هو عليه لامتناع قبضه قد سبق تحقيق هذه
المسألة في كلام المص وكأنه غفل عما مضى فكررها هنا وهبة الحامل لا تقتضي هبة الحمل
لانه ليس جزءا منها فلا يدخل في مسماها ويصح البراءة من المجهول لان البراءة اسقاط فلا تنافيها
فيها الجهالة خلافا للشافعي واعتبر في صحته ان يقول ابرأتك من درهم الى الف ولا فرق بين
ان يكون لهما سبيل الى معرفته وعدمه اذا رضي باسقاطه كائنا ما كان خلافا لاحمد ولو
علم المديون وخشي من عدم الابراء لو اظهره لم يصح الابراء لعدم العلم بالقصد الى اسقاط ما في
الذمة ولاصل البقاء ولو ابراه من ماله معتقدا انه لا حق له وكان له ما له ففي صحة الابراء
اشكال ينشأ من انه ابراء صدر من اهله لانه الغرض في محله لثبوت الحق في الذمة ومن عدم القصد
الى ابراء ما يستحقه لاعتقاده انه لا شيء له وحقق شيخنا الشهيد ان هنا احكاما اربعة آ الحكم
ظاهرا بالنسبة الى الموهوب والاولى فيه القطع بالصحة ب الحكم باطنا بالنسبة اليه فيبنى على
بعدم القصد لابتداء ذمته ومع عدمه يبرأ ج الحكم ظاهرا بالنسبة الى الواهب وهو اللزوم
مؤاخذة له بصيغة الابراء وينبغي ان يقيد بما اذا لم يعلم بالبينة العادلة انه لم يكن معتقدا لاستحقاق
شيء كما لو اعترف حين ايقاع الصيغة من نفسه بذلك د الحكم باطنا بالنسبة وهو موضع الاشكال
والاصح عدم الصحة بلا اشكال ويظهر الفائدة في جواز المقاصة وعدمها فعلى الصحة لا يجوز وعلى
العدم يجوز وهو شرط في صحة الهبة لا ينافي عد القبض شرطا للصحة ما سبق من انه ركن
لها اذ لا امتناع في ان يكون جزء السبب وشرطا لترتب الاثر عليه واعلم ان هذا هو المعروف من
مذهب الاصحاب وحكى الشيخ في المبسوط خلافا في ان الملك هل يحصل من حين القبض او من حين العقد
فيكون القبض كاشفا واصح الاول ولا ريب في ضعف الثاني لاصالة بقاء الملك على مالكه الى ان
يحصل السبب الناقل وتظهر الفائدة في النماء وشرط اذن الواهب وايقاع القبض للهبة فلو قبض
من دون اذنه لم ينتقل الملك اليه وان كانا في المجلس وكذا لا يقبض الواهب لا للهبة يشترط للصحة

الركن الثاني القبض

القبض امران احدهما اذن الواهب فلا يعتبر به من دون اذنه لان التسليم غير مستحق عليه فجرى
مجرى ما لو قبض المشتري المبيع قبل تسليم الثمن بغير اذن البائع ولا فرق في ذلك بين كونهما
في المجلس وعدمه خلافا لابي حنيفة حيث لم يشترط الاذن اذا كانا في المجلس الثاني ايقاع القبض
للهبة والمراد به على ما يشهد به كلام المص اخيرا اذن الواهب في قبضه للهبة حيث فرّع على هذا
الشرط وكذا لو اقبضه الواهب لا للهبة الا ان ذلك خلاف المتبادر من العبارة الحاصل ان اقباض
الواهب للمتهب مشروط ان لا يكون لغير الهبة فلو اقبضه للايداع والعارية لم يعتد بقبضه للهبة
وهل يعتبر اذنه في القبض مطلقا من غير قصد شيء فيصح قبض المتهب حينئذ عن الهبة يلوح من عبارة
المختلف عدم الاعتداد به وكذا يلوح منها عدم الاعتداد بالقبض المطلق من المتهب وهو المتبادر من اول
كلام المص هنا ويحتمل الاكتفاء بالقبض المطلق والاذن فيه لصدق اسم القبض عليه وصلاحيته للهبة وتامل
او لغيرها فلو خالف المتهب قدّم قوله بيمينه ووجهه انه اعرف بقصده ولو اقر بالهبة والا
حكم عليه وان كان في يد الواهب لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز الا ان يعلم كذبه فلا يعتد
به ولو ادعى المواطاة ولا يقبل انكاره اي لو انكر الواهب المقر بالاقباض حصول القبض
بعد اقراره به وادعى ان الاقرار انما كان بمواطاة للمتهب وموافقته اياه ولم يكن حصل واقعا كما
قد يتفق كثيرا لم يقبل انكاره لان الانكار بعد الاقرار لا يلتفت اليه اذ الاصل فيه الصحة لكن له احلافه
على وقوع القبض قاله في الدروس ولم يرجح الاحلاف على نفي المواطاة مكانه مبني على ان الدعوى
بالاقرار وما جرى مجراه غير مسموعة وانما احلف على حصول القبض لان الواهب يدعي فساد الاقرار
بعدم وقوع القبض وسيأتي ان شاء الله تع في القضاء ان الاصح سماعها فله الاحلاف على نفي المواطاة هنا
وقد صرح بذلك شيخنا الشهيد ره في بعض حواشيه على الكتاب ولو مات الواهب قبله بطلت الهبة
وان كان بعد الاذن في القبض قال الشيخ في المبسوط اذا مات الواهب قبل الاقباض لا تبطل الهبة
وقام الوارث مقامه كالبيع في مدة الخيار من حيث ان الهبة عقد يؤول الى اللزوم فلا ينفسخ بالموت
كبيع الخيار وتبعه ابن البراج مع انه قال في هبة ذي الرحم اذا مات قبل قبضها كانت ميراثا
والمشهور البطلان وهو الاصح لان الهبة عقد جائز قبل القبض كالوكالة والشركة فتبطل بالموت
ويجوز ولرواية داود بن الحصين عن الصادق ع في الهبة والنحلة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها
قال هي ميراث كذا يبطل لو مات المتهب ولو وهب ما في يد المتهب صحت ولم يفتقر الى تجديد
قبض ولا اذن ولا مضي زمان يمكن فيه القبض اطلاق العبارة يتناول ما اذا كان في يد المتهب بايداع

اوعارية

ادعاريه او غصب ونحو ذلك وقد صرح بذلك في المختلف والتذكرة ووجهه ان القبض المشترط
حاصل حين ايقاع العقد فاغنى عن قبض آخر وعن مضي زمان يسعه اذ لا مدخل له في التأثير وانما
كان اعتباره مع عدم القبض لضرورة امتناع حصوله ولم يعتبر الشيخ في المبسوط الاذن في القبض
هنا لكن شرط مضي زمان يمكن فيه القبض وهو ضعيف فان قيل يجب اعتبار الاذن في القبض لان
القبض السابق كان لغير الهبة وقد سبق انه لا بد ان يكون الاقباض للهبة قلنا الظاهر كان انه رضاه
باقراره عليه بعد العقد دليل على رضاه بقبضه للهبة بخلاف الاقباض بعد العقد فلا يبلغ فان
هذا الظاهر هنا منتف لحصول العقد فرع لو كان الموهوب في يد وكيل المتهب وديعة ونحوها
فهل يحتاج الى الاقباض لتجدد فيه تردد   وكذا لو وهب ولي الطفل ماله الذي في يده اي لا يحتاج
الى تجديد قبض ولا مضي زمان يسعه لحصول القبض نعم يعتبر قصد القبض عن الطفل لان المال
مقبوض في يد الولي له فلا ينصرف الى الطفل الا بقصد وهو ان لم اقف عليه لغيره لكن لا بد منه
وما سبق في اول بحث القبض وفي قبض المسجد في الوقف ينبه على ما قلناه ويشكل ما لو وكل المتهب
الواهب القابض في الهبة والاقباض   ولو كان مغصوبا او مستأجرا او مستعارا على اشكال افتقر الى
القبض بخلاف ما في يد وكيله   اي لو كان مال الولي الذي وهبه الطفل مغصوبا افتقر في صحة الهبة
الى قبض جديد لانه ليس في يده وكذا لو كان مستأجرا اما لو كان مستعارا فاشكال ينشأ من ان قبض المستعير
لما لم يكن بحق لازم وللمعير ابطاله متى شاء كان كقبض الوكيل الذي يده يد الموكل ومن انه انما قبضه لنفسه
لينتفع به فكانت اليد له للمعير ويمكنه من الابطال متى شاء لا يقتضي كونه في يده وهو الاصح فيفتقر الى
تجديد القبض بخلاف ما لو كان المال في يد وكيل الولي فان يده كيده لانها يد الموكل لا يحتاج معها الى
تجديد قبض   ولو وهب غيره افتقر الى قبض الولي او الحاكم اي لو وهب الطفل غير الولي افتقر ذلك
الى قبض الولي ان كان موجودا ومع عدمه فلا بد من قبض الحاكم عن الطفل وهو ظاهر   وقبض المشاع
هنا كقبضه في البيع لان الحكم في مسمى القبض هو العرف ولا يختلف في ذلك البيع والهبة وقال بعض الشافعية
ان القول بالاكتفاء بالتخلية مطلقا في القبض في البيع غير آت هنا بل لا بد من النقل في المنقول
في الهبة قولا واحدا وليس بشيء وسيأتي ان شاء الله تعالى حكاية كلام له في المختلف يخالف هذا
ولو وهب اثنين شيئا وقبضا صحت فيها ولو قبل احدهما وقبض صحت في نصيبه خاصة لان الحكم
بصحة الهبة دائر مع العقد والقبض فمتى حصلا حكم بالصحة والا فلا   ولا يشترط فورية القبض
على اشكال ينشأ من ان الاصل عدم الاشتراط وانتفاء دليل يدل عليه ومن انه لما كان جزء السبب اشبه

القبول فاعتبر فيه الفورية ويضعف بان الجزئية لا تقتضي الفورية اذا اتساع في تراخي وجود بعض الاجزاء عن بعض ولاعتبار الفورية في القبول من حيث انه جواب للايجاب فيعتبر فيه ما يعتبر معه هو وان التسامح في العقود الجائزة بقبول التاخير من حيث ان الامر فيها اسهل ومن ثم اكتفي بالقبول فعلا ان ثبوت الفورية في القبول بالاجماع لا يقتضي مساواة المتنزل له وهو الاصح قال الشارح الفاضل ولذا لم ان الاشكال في اعتبار الفورية انما هو على القول بان القبض شرط لصحة الهبة لا على القول بانه شرط في لزومها دون صحتها وهو حسن لان على هذا التقدير ليس جزء السبب فيجري مجرى المتفرع البيع بالنسبة الى تلف المبيع ويحكم بالملك حين القبض لا من حين العقد هذا اشهر القولين للاصحاب واصحهما تمسكا باصالة بقاء الملك على مالكه الى ان يحصل القبض ولرواية داود بن الحصين السالفة وقال الشيخ في الخلاف انه شرط اللزوم لا الصحة والانعقاد واختاره جماعة وهو مختار المص في المختلف لعموم [illegible] بصريحها لصادق عن الهبة جايزة قبضت او لم تقبض قسمت او لم تقسم ولا دلالة فيها لان الجواز اعم من حصول الملك مع معارضتها برواية ابي بصير ايضا عنه عم قال الهبة لا تكون هبة حتى تقبض واقرب المجازات الى نفي الماهية نفي الصحة ولا فرق في اشتراط القبض بين المكيل والموزون وغيرهما لاطلاق دليل اشتراط القبض وعن احمد ان القبض شرط في المكيل والموزون دون غيرهما والقبض فيما لا ينقل التخلية وفي المنقول فيما ينقل وفي المكيل والموزون الكيل والوزن كما في البيع سواء لما تقدم وفي المشاع بتسليم الكل اليه فان امتنع الشريك قيل للمتهب وكل الشريك في القبض لك ونقله فان امتنع نصب الحاكم من يكون في يده لهما فينقله ليحصل القبض لا ريب ان المشاع اذا كان مما ينقل فاقباضه انما يكون بتسليم الكل الى المتهب فان رضي شريك الواهب بالتسليم اليه فلا بحث وان امتنع لم يجز له اثبات يده على مال الشريك بل يقال للمتهب وكل الشريك ليقبض لك ان شئت فان تعاسرا رفع الامر الى الحاكم لينصب امينا يقبض الكل نصفه للهبة ونصفه امانة للشريك حتى يتم عقد الهبة وهذا اذا كان منقولا كما يدل عليه قوله فينقله اما لو كان غير منقول فالظاهر ان التخلية كافية في قبضه كما في البيع اذا لم يكن الشريك غاصبا مستقلا باليد وبه صرح الشيخ في المبسوط وهو قضية قول المص سابقا وقبض المشاع هنا كقبضه في البيع واعتبر شيخنا في الدروس اذن الشريك لعدم الفرق بين القدرة الحسية وعدم القدرة الشرعية وفيه نظر لان مسمى القبض في المنقول لا يتحقق بدون النقل ومختار المص هنا اقوى ولو قبض من دون اذن الشريك ففي اعتباره نظر وكذا في كل قبض منهي

[illegible]

عنه

المطلب الثاني في الاحكام

عنه   ينشأ النظر من صدق حصول المتصرف فان النهي انما يقتضي الفساد في العبادات خاصة
ومنها ان المتصرف ركن من اركان العقد فاذا وقع منهياً عنه لم يعتد به شرعاً فيختل بعض اركان
العقد والحاصل ان النهي في غير العبادات لا يقتضي فساد المنهي اذا اكملت اركانه وشروطه اما
اذا كان بعضها غير معتد به شرعاً احيل العقد لا للنهي بل لانتفاء الركن او الشرط فان قيل القبض
المشاع بالنسبة الى النصف الموهوب معتبر شرعاً وانما المنهي عنه قبض حصة الشريك قلنا القبض
واحد فلا يتصور فيه اجتماع الامرين والاصح عدم اعتباره   المتن ان كان رحماً لم يجز الرجوع
بعد الاقباض لا خلاف عندنا في ان المتن ان كان احد الوالدين والقبض الهبة لا يجوز الرجوع
في هبته وكذا الولد صغيراً كان او كبيراً نقل المص الاجماع على ذلك في التذكرة وفي التحرير نقل الاجماع
في الوالدين وفي المختلف نقله في الاولاد اما غير الوالدين والاولاد من ذوي الارحام فقد اختلف
الاصحاب في حكمهم فقال المرتضى وجماعة بجواز الرجوع في هبتهم بعد الاقباض والمشهور العدم
للروايات الصحيحة الصريحة   ورواية داود بن الحصين [illegible] الرجوع في هبة ذي القرابة
قال المص في المختلف ان في طريقها قولاً والعمل على المشهور   وكذا ان كان اجنبياً وعوض وان كان
بعضها اي لا يجوز الرجوع بعد الاقباض لقول الصادق ع اذا عوض صاحب الهبة فليس له ان يرجع
ولا فرق بين كون العوض قليلاً او كثيراً حتى لو كان بعض الهبة لان اطلاق العوض صادق عليه فانه
مملوك له ولانه بالتعويض به امتنع الرجوع فيه لخروجه عن ملكه وفي الباقي للتعويض   او
قصد الاجر   وذلك بان يتقرب بها الى الله تع لانها صدقة ح كما صرح به في اول الهبة في
التذكرة ولصدق التعويض لان الثواب خير عوض ولقول الصادق ع ولا ينبغي لمن اعطى لله عز
وجل شيئاً ان يرجع فيه الحديث وغيره من الاحاديث   او تلفت العين وكذا لو تلف بعضها هو لقول
الصادق ع في صحيحة الحلبي اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع والا فليس له وهذه كما تدل على
المدعى تدل على ان تلف بعض العين مانع من الرجوع   او تصرف على راي وان لم يكن لازماً اختلف
كلام الاصحاب في جواز الرجوع في الهبة مع التصرف فذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابن
ادريس وجمع من المتاخرين وذهب المفيد الى اللزوم باستهلاك العين او احداث الشيء فيها
حدثاً وذهب ابن حمزة الى اللزوم بخروجها عن ملك الموهوب وان عادت وبتصرف تغير العين
كالخشب يصيره سريراً وذهب سلار وابو الصلاح الى جواز الرجوع مع بقاء العين الا مع
التعويض والمشهور الاول يدل عليه عموم قوله ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون

تجارة عن تراض منكم وليس الرجوع تجارة ولا عن تراض ولعموم اوفوا بالعقود خرج من
العموم ما دل الدليل عليه فيبقى الباقي على اصله ولرواية ابراهيم بن عبد الحميد عن الصادق
عليه السلام قال انت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك فاذا اخرجت الى صاحبها فليس لك ان
ترجع فيها وقال قال رسول الله صلى الله عليه وآله من يرجع في هبته فهو كالراجع في قيئه خرج من ذلك ما
اخرجه الدليل فيبقى الباقي على اصله ولا يضر ضعف السند مع الاعتضاد بالشهرة وبغيره
من الدلائل ولان جواز الرجوع يقتضي تسلط الواهب على ملك المتهب وهو على خلاف الاصل
لقوله عم الناس مسلطون على اموالهم فيقتصر فيه على موضع الدليل ولقول الشيخ في المبسوط
روى لاصحابنا ان المتهب متى تصرف في الهبة فلا رجوع عنها فان قيل صحيحة الحلبي السابقة تدل
على جواز الرجوع مع بقاء العين وهو اعم من حصول التصرف الذي لا يغير العين وعدمه وكذا
مذهب ابن حمزة يقتضي معارضته لما سبق من الدليل وكذا صحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عم
قال سألته عن الرجل يهب الهبة ايرجع فيها ان شاء ام لا فقال يجوز الهبة لذوي القربى والذي
يثاب من هبته ويرجع في غير ذلك ان شاء قلنا لا عموم لها فيجب مع امكان تقييدها بغير التصرف
فان تقييدها للثانية لا بد منه وفي كل حال فالمسألة لا تخلو من شيء والمذهب هو المشهور الا ان
قول ابن حمزة ليس بذلك البعيد اذا عرفت هذا فظاهر كلام المص عدم تحقق علقة الزوجية تصرفا كما
يدل عليه قوله الآتي ولو كانت لبعلها ان سوغنا الرجوع على راي هذا مذهب الشيخ في المبسوط
وجماعة ونقل في الخلاف عن اصحابنا انه يجري ذوي الرحم واختاره المص في التذكرة والشارح الفاضل
لصحيحة زرارة عن ابي عبد الله عم انه قال ولا يرجع الرجل فيما يهب لزوجته ولا المرأة فيما تهبه
لزوجها حيزت او لم تحز اليس الله تع يقول ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا فان طبن لكم عن شيء
منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وهذا يدخل في الصداق والهبة فان قيل ما دل عليه الحديث
لا نقول به لانه دال على اللزوم من دون القبض قلنا يمكن تنزيله على ان المراد بقوله حيزت او لم تحز
حيث يكون الموهوب مقبوضا جمعا بين الاخبار ومختار التذكرة هو الاصح ولان المتهب
لا يبطل حق الرجوع المراد به اذا لم يحجر عليه بدليل قوله ومع الحجر اشكال ينشأ من تعلق
حق الغرماء بما كان من جملة اموال المفلس والحجر يقتضي تعلق الديون بجميعها ولهذا الحجر عليه
لم دفنت اموال مع الهبة بالديون واختاره في التذكرة ومن وجود العين وسبق تعلق الواهب
بها كالبيع بخيار الغرق فالاظهر قال الواهب سلط المتهب على جميع التصرفات في الهبة واذا بنا في الدين

ولعدمها

واقدمها لتعلق حق الغرماء بها فلا يكون له ابطاله كما لا يكون له ابطال البيع بخلاف المبيع بخيار فان
المشتري ممنوع من التصرفات المخرجة عن الملك والاول اقوى   اما جناية الهبة فالاقرب بها انها تبطل
حق رجوع الواهب لمراد جناية العبد الموهوب ووجه التقرب ان ارش الجناية مقدم على الملك المحقق
وحق الواهب ضعيف ولان تصرف الموهوب منه مانع من الرجوع فتعلق الجناية اولى ويحتمل العدم
لان حقه اسبق والتحقيق انه ان اراد ببطلان حق رجوع الواهب كونه لا يستحق استرجاع العين
اذا اخذها المجني عليه في الجناية فهو صحيح الا انه لا معنى لقوله الاقرب اذ لا يحتمل   اصلا وان
اراد انه ليس له الرجوع بحال فليس كذلك فانه لا منافاة بين الرجوع وبقاء حق الجناية حتى لو كانت الجناية
خطأ كان له فدا الجاني بالارش ولو كانت عمدا ورضي المجني عليه به كان له بذله والاختصاص بالعين
ولا معنى للاقرب هنا ايضا فان قيل اي فرق بين تعلق حقوق غرماء المتهب المفلس وبين تعلق ارش
الجناية قلنا الفرق اظهر من الشمس لان تعلق حقوق الغرماء يقتضي ثبوت مالية الهبة للمفلس وكونها
لاداء الديون في ذمته وعليه اذا هي من ماله وارش الجناية لا تعلق للمتهب فيه وانما هو حق لاجنبي ثبت
له استقلالا بسبب الجناية من دون توسط المتهب ولا يخفى ان هذا انما هو في مقدار ارش الجناية
اما الزائد فلا كلام في ان له الرجوع فيه كذا قال الشارح الفاضل ويمكن ان يقال بل المنافي فيه كلام
لانه اذا ابطل رجوعه في بعض العين لتعلق حق المجني عليه به فليس له الرجوع اذ ليست الهبة قائمة
بعينها بل صار بعضها حق شخص آخر اذ ذلك بمنزلة تلف البعض وكيف كان فالمختار ما حققناه
ولو جوزنا الرجوع مع التصرف فان كان لازما كالكتابة والاجارة فهو باق على حاله ولو
باع او اعتق فلا رجوع هذا بيان حال التصرف في صحته وبطلانه بناء على انه غير مانع من الرجوع و
تحقيقه ان التصرف اما ان يكون لازما او لا وسياتي ان شاء الله تعالى عن قريب واللازم اما ان
يمنع فسخه كالعتق والوقف او لا وغير الممتنع اما ان يكون له امد ينتظر كالاجارة ونحوها صح الرجوع
في العين وصبر الى انقضاء مدة الاجارة واخذها ونحو ذلك ما لو زوج الجارية ومال الاجارة والحصة
في المزارعة والمهر في النكاح للمتهب لانه حصل في ملكه وليس للواهب فيه شيء لا فيما مضى ولا فيما ياتي
واما ما لا امد له ينتظر فان كان كتابة للعبد وانفسخت بعجز عن النجوم او رهنا انفك بجهاد الدين
فجواز الرجوع ثابت حينئذ لعدم زوال الملك بالرهن ولا بالكتابة لا قبله لانقطاع السلطنة عن
الواهب وتعلق حق المرتهن بنفس الرهن على وجه لازم ولو كان بيعا فكذلك لعدم الرجوع قبل عوده الى
ملك المتهب ظاهرا اما اذا عاد بارث او شراء او غير ذلك ففي جواز الرجوع وجهان اشار اليهما المص

في آخر الباب احدهما الرجوع لانه وجد عين ماله عند من يجوز له الرجوع فيما وهب منه والثاني المنع
لان هذا الملك غير مستفاد منه حتى يزيله ويرجع فيه وانما هو ملك مستانف ومثله ما لو فسخ البيع
بعيب او خيار او كان التصرف هبة فرجع فيها والثاني اقوى تفريعاً على ان التصرف لا يمنع الرجوع
لان خروج الملك عن المتهب يقتضي سقوط رجوع الواهب لانه انما يرجع في ملك المتهب فعوده يحتاج
الى دليل وعلى الاول فلو اشتراه من المشتري بثمن مؤجل ثم افلس كان المشتري احق به من الواهب لان حقه
تعلق به من جهة ملكه اياها بالبيع فكان اولى كما لو اشتراها ولم يبعها ولو ارتد المتهب بعد ما اتهب
لم يسقط حق الرجوع لانه لا يخرج بذلك عن الملك وان كانت الردة تعرضه بخلاف ردة المتهب واعلم
ان عبارة المتن لا تخلو من مناقشة لان حكمه ببقاء التصرف بالكتابة والاجارة على حاله يشعر
بعدم الرجوع معه وقوله ولو باع او اعتق فلا رجوع يشعر بثبوت الرجوع فيما قبله والتحقيق ما قلناه
ولو كان جائزاً بطل كالتدبير والوصية والهبة قبل القبض هذا هو القسم الموعود به سابقاً
وانما بطل لسبق حق الواهب وبقاء الملك للمتهب من غير ان يتعلق به حق ثابت بالتصرف وقيد الهبة
بكونها قبل القبض حتى لا يزاحم الرجوع فيما اذا قبضت فانه لا رجوع هنا لان الهبة الثانية ان امتنع الرجوع
فيها فظاهر والا فان حق المتهب الثاني قد تعلق بها بتسليم الواهب الاول وقد خرج الملك عن
الواهب الثاني ثانيا بطل ملك المتهب يحتاج الى دليل فان قيل الدليل اصالة الرجوع او اصالة البقاء قلنا اصالة
البقاء معارضة باصالة عدم سلطنته على المتهب الثاني كالمشتري من المتهب ولو باع المشتري بخيار له
فكالهبة التي يجوز فيها والرجوع يكون بالقول مثل رجعت وارتجعت وابطلت ورددت وفسخت
او غيرها من الالفاظ الدالة على الرجوع مثل نقضت الهبة ونحوها ولا فرق بين هذه الالفاظ عندنا
والشافعية والعرف وعدمه على ان الرجوع نقض وابطال للهبة ام لا فعلى الاول ينبغي ان يستعمل
لفظ النقض والابطال لان يحمل كنايات المقصود ينتقل الى النية مثل فسخت وهذا ساقط عندنا
وبالفعل مثل ان يبيع او يعتق او يهب عقداً مثل هذه افعال مع انها عقود يكون من الالفاظ
نظراً الى ان عقد البيع يقتضي نقل الملك ومثله ما لو وطئ الجارية الموهوبة وتحصل به
الرجوع بها لانها لا تسترجع لفاعلها الا في ملكه كما لو فعل شيئاً منها في زمن الخيار وهل يكون ذلك فسخاً
لاعتبار فسخاً وعقداً لا تترتب الثاني اشار بذلك الى البيع والعتق والهبة التي اوقعها الواهب واراد
بكونها فسخاً وعقداً حصول فسخ الهبة بالعقد الواقع وصحة العقد في نفسه وبكونها فسخاً لا غير
افادتها فسخ الهبة وعدم ترتب مقتضاها عليها من انتقال البيع الى المشتري والموهوب الى المتهب

والعتاق للعبد ووجه القرب ان ثبوت الفسخ فرع صحة العقد في نفسه لانه اثر والفاسد من العقود
لا يترتب اثر عليه ولعموم اوفوا بالعقود المسلمون عند شروطهم ويحتمل كونها فسخاً لا غير لان
العقد وقع في غير ملكه فالفسخ وعود الملك الى الواهب اثر فيتأخر عنه وفيه نظر لجواز ان يكون
حصول العقد كاشفاً عن حصول الفسخ الابتداء ومجرد هذا الاحتمال لا ينهض معارضاً لعموم الكتاب
والسنة على انه لو لم يصح العقد لزم عدم حصول الفسخ ايضاً كما تقدم وذهب الشيخ في المبسوط الى بطلان
البيع والاول اقوى   والانتفاء ان الاخذ ليس فسخاً عند المصنف في التذكرة بان الواهب لو اخذ
الهبة من المتهب ناوياً الرجوع اليه بعينه ونحوه فان لم توجد قرينة تدل على ارادة الرجوع لم يحكم بكونه
رجوعاً لان الاخذ يحتمل الرجوع وعدمه فلا يزال الحكم المتيقن بالمشكوك فيه وان وجدت قرينة تدل على
ذلك فوجهان احدهما كونه رجوعاً لمكان القرينة الدالة على النية والثاني العدم لان الاخذ اعم من
الرجوع ويضعف بان وجود القرينة دافعاً للعموم والاول اقوى واختاره المصنف في التحرير ومما حققناه
يعلم ان عبارة الكتاب تحتاج الى تنقيح وما احتج به الشارح الفاضل للاقرب من احتياج العقد اللفظ
فيرفعه الى لفظ مدفوع بانه لم يأت من الشارع ابطال مجرد الفعل بنا في كون الحكم موجباً للفسخ في
الهبة والبيع بخيار وهو لا يقول به   ولو رجع وقد عيبه لم يرجع بالارش وان كان بفعل المتهب
لانها غير مضمونة عليه وقد سلط على اتلافها مجاناً فابعاضها اولى بعدم الضمان لو تلف البعض بنفسه
اخرى   وان زادت زيادة متصلة فهي للواهب وان كانت بفعله ان سوغنا الرجوع مع التصرف
لانها جزء العين وداخلة في المسمى ويظهر من العبارة ان علف الدابة تصرف وفيه نظر ونعم
يمكن ان يقال هو بمنزلة التصرف لان في ثبوت الرجوع معه اضرار بالمتهب وتغرير له   وان كانت منفصلة
كالولد واللبن فهي للمتهب لانها نماء حدث في ملكه فيختص به ولا فرق في ذلك بين كون الرجوع قبل الولادة
وحلب اللبن وبعدهما وقال ابن حمزة ان له الرجوع في الام والحمل وان كان على ملك المتهب وهو بناء
على ان الحمل جزء من الام وانه لا حكم بانفراده وليس بجيد كما سبق في البيع وكذا الصوف ولا يخفى ان
المراد بهذه الزيادة ما تجدد بعد الانتقال من الاما كان سابقاً فانه للواهب   ولو صبغ الثوب فهو
شريك بقيمة الصبغ الاولى ان يقول فهو شريك بمقدار قيمة الصبغ والمراد ظاهر وهذا تفريع على
جواز الرجوع مع التصرف   ولكل منهما القلع وفيه اشكال لا ريب ان لكل منهما قلع الصبغ
عن الثوب اذا امكن لان لكل منهما تخليص ماله من مال الغير فان الشركة ضرر فان حدث نقص بالتخليص
في الثوب او في الصبغ فان كان بفعل مالكه فلا بحث وان كان بفعل الآخر ففي لزوم الارش اشكال ينشأ

كان فسخاً وهو حق اذ لا يستفاد ذلك
من الفعل والنقل قوله في تتمته لا
بعضها فانه لم يعلم ما نواه فتعذر الرجوع
م

من انه عيّب ملك غيره لتخليص ملكه فيكون مضموناً عليه لانه اتلاف فعله في الضمان ومن انه نقل
ماذون فيه شرعاً فلا يتعقبه ضمان ولان النقص ان كان في الثوب بفعل المتهب فهو ماذون في
الصبغ وساير التصرفات من الواهب وان كان في الصبغ بفعل الواهب فان المتهب عرض ماله للنقص
حيث صبغ وهو يعلم ان للواهب الرجوع والاصح الاول والاذن الشرعي لا ينفي منع الضمان مع
مباشرة الاتلاف والاذن في الصبغ لا يدل على الاذن في الاتلاف للتخليص بوجه كما ان علم المتهب باستحقاق
الرجوع لا يدل على الاذن في الاتلاف   ولا قرب بعدم انتقال حق الرجوع الى الوارث اي الى وارث
الواهب لو مات ووجه القرب ان الرجوع على خلاف الاصل لانه تسلط على انتزاع مال الغير فيقتصر فيه
على موضع ثبوته بالدليل فيبقى غيره على الاصل وهو الاصح ويحتمل انتقاله اليه لانه حق من الحقوق
فيورث كالخيار والفرق تام فان الخيار حق مؤكد ولهذا لا يمنعه تصرف المشتري مثلاً ولا يسوغ
للمشتري اخراج المبيع عن ملكه وان فعله لم يصح وحق الرجوع للواهب ضعيف ولم يدل على انتقاله دليل
فيتمسك فيه بالاصل ويقرب منه موت المتهب فان في استحقاق رجوع الواهب على وارثه الوجهان الا
ان قرب العدم هنا اتم لانه لم يشر الى الوجهين فيه بل ذكره على وجه الجزم بقوله ولو مات المتهب لم يرجع الواهب
ولو جن فالاقرب جواز رجوع الولي مع الغبطة وجه القرب ان الرجوع حق ثابت له والولي قائم
مقامه وتصرفاته المشتملة على الغبطة ماضية في حقوقه وامواله وهذا من جملتها ويحتمل عدمه لان ذلك
منوط بارادته وهي مجهولة ويضعف بان هذا لو منع لمنع جميع التصرفات والاصح الاول   ويكره
تفضيل بعض الولد على بعض في العطية ويستحب التسوية المشهور بين الاصحاب كراهة التفضيل
وحرمه ابن الجنيد وهو ضعيف ورواية سماعة عن الصادق ع انه لا يصلح اعطاء الولد لولده
اذا كان مريضاً بخلاف ما اذا كان صحيحاً وصحيحة ابي بصير عنه ع وقد سأله عن الرجل يخص بعض
ولده بالعطية قال ان كان موسراً نعم وان كان معسراً فلا غير صريحتين في التحريم مع قبولهما الحمل
على الكراهة لمعارضتهما بمثل قوله ع الناس مسلطون على اموالهم وغيره من الاخبار المتناولة مع
الاعتضاد بالشهرة ويؤيد الكراهة ما فيه من اثارة التباغض والتشاحن كما في قصة يوسف
ع قال العلامة في المختلف ان الكراهة انما تثبت مع المرض او الاعسار لاقتضاء الحديثين ذلك وقضية
كلام التذكرة الكراهة مطلقاً حتى انه نع قال لو فضل بعضهم لمعنى يقتضيه كشدة حاجة ونحوها
واشتغال بعلم او حرم بعضاً لفسقه او بدعته او كونه يستعين بما ياخذ على معصية الله تع جاز
ولم يكن مكروهاً على اشكال والاقرب عدم الكراهة هنا ولا ضرار في التخيير وهل يكره بناء على ذلك

ام يختص بما ذكر في المختلف الظاهر الاول لما فيه من كسر قلب المفضل عليه وتعريضهم للعداوة وما
رواه النعمن بن بشير ان اباه تصدق عليه ببعض ماله فجاء الى النبي صلى الله عليه وآله ليشهده فقال اكل ولدك
اعطيت مثله قال لا قال فاتقوا الله واعدلوا بين اولادكم قال فرجع ابي في تلك الصدقة وفي لفظ
قال فاردده وفي آخر فارجعه وفي آخر لا تشهدني على جور ولا فرق في ذلك بين الذكر والانثى
والعطية لذي الرحم ويتأكد في الولد والوالد لانها صدقة وصلة وعن الصادق عليه السلام في
نفقة مع المفضول لعباسي انه كان فيما حدثه به انه روي عن ابيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وآله
انه قال نيادي كل يوم وصل الله من وصلني وقطع من قطعني بحديث وغيره من الاخبار الكثيرة
واذا باع الواهب بعد الاقباض بطل مع لزوم الهبة وصح لا معه على اجلاد بالبطلان
مع الاقباض كونه فضوليا ووجه الصحة ما تقدم عن قريب والقائل بالبطلان الشيخ في المبسوط
والحكم ما تقدم والضمير في قوله وصح لا معه يعود الى اللزوم اي وصح لا مع لزوم الهبة ولو
كانت فاسدة صح اجماعا لا شك في ذلك اذا كان عالما بالفساد اما مع جهله فاشكال لعدم القصد
الى البيع لاعتقاده انه متلاعب ومن مصادفة الملك والاجماع في هذا القسم غير متحقق وعبارة
المصنف اعم وان كان ما ذكره من مسئلتين بعدها وتشبيهها بها في الحكم مشعرا بان ذلك مع الجهل
فيشكل دعوى الاجماع حينئذ وفي الدروس ما يدل على ما قلناه ومما اشبه هذه بمسئلة من باع مال
ابيه بظن الحيوة فبان موته وقد اوفي الدروس الفرق بينهما بالقصد الى صيغة صحيحة في مال الموروث
بخلاف الهبة والفرق غير ظاهر ولو باع مال المورث معتقدا بقاءه او اوصى بما اعتقده وظهر
بطلان عتقه فكذلك لو قال كالبائع مال المورث ح يكون ذلك مشبها به فيكون على ذكره في
هذا الباب للتشبيه به لكان اولى واعلم ان المراد من قوله فكذلك الصحة هنا ايضا وان كان
السابق الى الفهم الصحة اجماعا لكنه لا يستقيم فان في من باع مال مورثه معتقدا بقاءه وجهين
سبقا في البيع وكذا بيع من اعتقده لو ظهر بطلان عتقه فيه وجهان وعبارة التذكرة في الهبة ترشد
الى ذلك ولو انكر القبض صدق باليمين وان اعترف بالهبة لان القبض ليس جزءا من
الهبة وانما هو شرط صحتها وانما الهبة الايجاب والقبول لكن قد سبق في اول الباب ان القبض
ركن الهبة وركن الشيء جزء ماهيته الا ان يقال المراد بالركن ما هو اعم من الجزء والشرط ايضا نها
فان الشرط شبيه بالركن في انه لا بد منه ولو انكر عقيب قوله وهبته وملكته فكذلك ان اعتقد
رأيا مالكيا كان رأي مالك حصول الملك في الهبة بمجرد العقدين دون قبض لان انه لم يعتقد هذا

اي بالهبة والتمليك غير مستلزم لحصول القبض المقتضي للملك عندنا لانه ربما كان القبض بعد لكن
اكتفاءً بحصول العقد في ثبوت الملك نظرا الى مقتضى مذهبه ومثله لو جهل الحال فان الاصل
عدم القبض ولا يخفى ان هذا الرأي غير مخصوص بالملك فان جماعة من اصحابنا يقولون ان القبض
شرط في لزوم الهبة لا في صحتها فما نعقادها يحصل الملك بدونه وبه قطع المص في المختلف والظاهر
انه لا فرق بين ان يقول وهبته وملكته او ملكته فقط لتطرق الاحتمال ولا يستلزم الهبة
العوض من دون شرط مطلقا على الاقوى فان عوض لم يكن للواهب الرجوع اراد بقوله مطلقا انه
على جميع الحالات سواء كانت الهبة للادنى او للاعلى او للمساوي وما ذكره مختار ابن ادريس واكثر
المتاخرين وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط الهبة على ثلثة اقسام هبة لمن فوقه وهبة لمن دونه
وهبة لمن هو مثله وكلها تقتضي الثواب وقال ابو الصلاح ان هبة الادنى للاعلى تقتضي الثواب
فيعوض عنها بمثلها ولا يجوز التصرف فيها ما لم يعوض عنها وحقق المص في المختلف ان مراد الشيخ من اقتضاء
الهبة الثواب ان لزومها انما يتحقق به وهو حق لانه استدل له كالصريح في ذلك فانه استدل بروايات
اصحابنا ثم قال وروى ابو هريرة عن النبي ص انه قال الواهب احق بهبته ما لم يثب قال فاثبت للواهب حق
الرجوع قبل ان يثاب واسقطه من الرجوع بالثواب وجعل ثوابا على الحقيقة وهذا دال على ما قلناه و كيف
كان فالمختار عدم الاستلزام نعم للواهب الرجوع بدونه لا بعده ولا يجب على الواهب القبول مع الا
لاصالة البراءة ولان الكتاب مال فانه هبة اخرى ولا يجب قبولها ولان له الرجوع في هبته ولا يمكنه
فيعد ما يقتضي سقوطه ذلك فان دفع عوضا مع عدم شرط فهي هبة اخرى وليس عوضا حقيقة
اذ لم يقتضه العقد وحيث كان هبة اخرى فيشترط فيه كلما يشترط في الهبة من الايجاب والقبول
والقبض وينبغي ان يكون هناك ما يدل على كونه عوضا عن الهبة الاولى ليمتنع به الرجوع ولم احده
تبرعا فان شرط صح مطلقا ومعينا لا فرق بين كون الثواب المشروط معلوما او مجهولا في
الصحة وهو معتبر بالمص في التذكرة لان الهبة في نفسها لا تقتضي الثواب بطل العقد لتعذر
تصحيحه بيعا او هبة وان قلنا انها تقتضيه صح وليس بينه الا التصريح بمقتضى العقد وله
الرجوع ما لم يدفع المشروط لان ذلك مقتضى الشرط ولرواية عيسى بن اعين عن ابي عبد الله ع انه قال
في الهبة المرجو ثوابها اذا لم يثبه حتى هلك واصاب الرجل هديته بعينها اله ان يرتجعها ان قدر على
ذلك لا باس ان ياخذه اما مع دفعه فلا رجوع له ولا يجب على المتهب دفعه لكن اذا امتنع فللواهب الرجوع
اما الحكم الثاني فظاهر وحكى في الدروس عن ابن الجنيد تعين دفعه كالبيع واما الاول فلان اشتراط

الثواب

الثواب لا يقتضي جعل الهبة من عقود المعاوضات بحيث يثبت العوض في الذمة بل غايته جواز الرجوع
في العين بدون بذل العوض   فلو تلف الموهوب او عاب قبل دفع المشترط وقبل الرجوع ففي التضمين
نظر بيناه من انه لم يقبضه مجاناً بل ليدفع عوضه فكان مضموناً ولان الواجب احد الامرين رد العين او
دفع العوض فاذا تعذر الاول وجب الثاني لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهو مختار ابن
الجنيد ومن انه دخل في ملكه وتلف قبل رجوعه الى ملك الواهب فلا يكون مضموناً ولان المتهب لا يجب
عليه دفع العوض بل للواهب الرجوع في العين فالتزم بطلبه ويضعف بانه لم يدخل في ملكه مجاناً وذلك
معنى الضمان وعدم وجوب دفع العوض على المتهب ان اريد به عدم وجوبه عيناً فذلك حق ولا يلزم
منه نفي الوجوب على البدل وان اريد عدم الوجوب مطلقاً فليس كذلك فاذا تعذر احد الامرين المخير
فيهما تعين الآخر والاصح التضمين واحترز بقوله قبل الرجوع عما اذا كان التلف بعد الرجوع فانه لا تضمين
حينئذ لانه امانة في يد المتهب حيث لم يتعد عليه بعد الرجوع ويشكل بعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي
ولا ينافيه ضمانه قبل الرجوع كما بيناه فكذا بعده عملاً بالاستصحاب واعلم انه لا فرق بين تلف الموهوب
او تعيبه بنفسه او بفعل المتهب في اطراد الوجهين في ضمانه اذا كان تالفاً او العوض غير لازم له فان له
انما هو ملكه   فان اوجبنا ضمانه فالاقرب مع التلف ضمان اقل الامرين من العوض وقيمة الموهوب   ش
القرب لانه ان المتهب مخير بين الامرين فالمحقق اللزوم منه هو الاقل ولانه ان كان العوض اقل فقد رضي
به الواهب في مقابل العين وان كان الموهوب اقل فان المتهب لا يجب عليه العوض بل للواهب الرجوع
في العين فلا يجب الاكثر فيهما ويحتمل قيمة الموهوب وقت التلف لانه مضمون عليه فيجب ضمانه بالقيمة ويضعف
بان له اتلافه بالعوض لانه متسلط على ذلك والاصح الاول واعلم ان الشارح الفاضل حقق
هنا ان رجوع الواهب في الهبة المشروط فيها العوض هل هو منوط بعدم دفع العوض ام بامتناعه من
ادائه فان قلنا بالاول فلا يكون محتجاً بتقدم ما لم يثبت وقبل دفع العوض لم يثبت قال فعلى هذا اذا رجع بعد
تلفها وقبل دفع العوض رجع مطلقاً بقيمتها او مثلها لاستحالة وجوب دفع العوض رجع بقيمتها او مثلها
لاستحالة وجوب دفع العوض بعد انفساخ العقد المقتضي له قال وعلى الثاني ان دفع العوض لم يكن
للمالك غيره زائداً كان او ناقصاً عن القيمة ولا كان له مثل الموهوب او قيمته لانه ليس له الا الالزام بالعوض
على مذهب المصنف اقول ان الواهب اذا ملك العين وسلط على اتلافها كيف يثبت له الفسخ والامتناع
من قبض العوض لو كان اقل من القيمة ومع جواز الفسخ والرجوع الى القيمة مناف للاذن في الاتلاف بالعوض
اما المتهب فانه حيث كان مخيراً بين العوض ورد العين يبقى تخيره بعد التلف عملاً بالاستصحاب

فيرد القيمة ان شاء مع احتمال وجوب العوض على كل تقدير لان التخيير انما هو بين العين والعوض
اما القيمة فلا دليل على التخيير فيها ومن هذا يعلم ضعف ما حققه والاصح ما قربه المص واعلم ان
هذا انما هو اذا شرط معيناً اما اذا اطلق فالواجب هو القيمة لا محالة اذ لم يرض المالك بما دونها
واذا اطلق العوض دفع المتهب ما شاء فان رضي الواهب وقبضه لم يكن له الرجوع وان لم يرض
تخير المتهب بين دفع الموهوب وعوض المثل لا ريب انه لا يجب على المتهب دفع عوض بخصوصه
لانه لا يجب عليه دفع العوض اصلاً لو اراد رد العين فاذا دفع عوضاً ورضي به الواهب وقبضه صح و
امتنع الرجوع قليلاً كان او كثيراً وان لا تخير المتهب بين دفع الموهوب وعوض المثل لانه لا يتعين عليه
دفع العوض وانما يخير بين دفع العين وعوض المثل دون مطلق العوض والحاصل انه مع اطلاق
العوض لو طلب الواهب العوض فانما يلزم المتهب باقل ما ينطلق عليه الاسم والا فان بذل المتهب
عوض لم يجب قبوله الا اذا كان عوض المثل لان اطلاق العوض انما ينصرف في العادة الغالبة الى عوض
المثل ويظهر من قوله تخير المتهب انه اذا دفع واحداً من الامرين وجب على الواهب قبوله ويدل عليه قوله
اوفوا بالعقود وقوله ع في صحيحة عبد الله بن سنان يجوز الهبة لذوي القربى والذي يثاب من هبته
ويرجع في غيره ان شاء وكلام الشارح الفاضل في تحقيقه مقتضى جواز الرجوع قبل دفع العوض
مطلقاً وهو يتناول ما اذا بذله المتهب وظاهر الرواية يخالفه ولو خرج العوض او بعضه
مستحقاً اخذه مالكه ثم ان كانت الهبة مطلقة لم يجب دفع بدله لكن للواهب الرجوع وان شرطت بالعوض
دفع المتهب مثله او قيمته مع التعيين او العين او ما شاء ان رضي الواهب مع الاطلاق لا ريب ان
الهبة اذا كانت مطلقة اي غير مشروط بالعوض لا يجب على الواهب دفع العوض الذي ظهر استحقاقه
اذ لا يجب عليه دفع عوض منه وقيل الامر لكن للواهب الرجوع في العين سواء في ذلك ما اذا بذل له عوضاً او بعده
لان حق الرجوع ثابت فلا يجب عليه قبول ما يقتضي اسقاطه ولانه هبة اخرى كما سبق وان كانت الهبة
مشروطة بالعوض فان كان معيناً دفع المتهب مثله او قيمته كذا قاله المص وظاهره يعين ذلك وهو
مشكل ويمكن ان يقال لا يراد بعينه وما سبق من عدم وجوب دفع العوض المشروط بل له عليه وانما
المراد انه دفعه كان في عدم رجوع الواهب في العين وهذا ايضاً مشكل لانا ان اوجبنا على الواهب قبول
العوض فانما يجب عليه قبول العوض الذي يضمنه العقد دون غيره لعموم قوله ع المؤمنون عند
شروطهم نعم لو رضي به وقبضه فلا بحث لكن هذا لا يختص بالمثل ولا بالقيمة ولا ينتفي الحال
كون المستحق مجموع العوض او بعضه وان لم يكن العوض المشروط معيناً تخير المتهب بين دفع ما شاء

لكن

لكن رضي الواهب وبين دفع العين وهنا كلامان احدهما ان تعيين العوض ان كان المراد به كونه
مشخصًا فيشكل اطلاق قوله او ما شاء ان رضي الواهب مع الاطلاق لانه اذا اشترط عوضًا مقدرًا
كمائة درهم ودفع مائة فظهر استحقاقها فدفع بدلها لم يكن للواهب الامتناع على ما سبق في كلامه
وان كان المراد به كونه مقدرًا اعم من ان يكون مشخصًا اولا فلا يستقيم اطلاق قوله دفع المتهب
مثله او قيمته لان ذلك انما يتصور في الشخصي دون الكلي الثاني ان قوله او ما شاء ان رضي
الواهب يشعر بانه ان لم يرض فلا اخذ العين واطلاقه يتناول ما اذا دفع عوضًا لمثل وذلك
ينافي ما سبق في كلامه من ان المتهب مخير بين دفع الموهوب وعوض المثل واعلم ان الضمير في
قوله مثله او قيمته يعود الى المستحق سواء كان جميع العوض او بعضه وقوله دفع المتهب مثله او قيمته
مع التعيين معادل لقوله ادا العين او ما شاء ان رضي الواهب مع الاطلاق ولو كان معيبًا
لزم بالارش او دفع العين في المعينة لا المطلقة اي لو ظهر العوض معيبًا لزم المتهب
بارش ان كانت الهبة مشروطة بعوض شخصي نعم لو تراضيا على الارش وقبضه فلا بحث في الصحة
واللزوم اما المطلقة فان العوض ان كان معقودًا كان له ابداله والمتهب مخير والا فان كان
مع العيب عوض المثل فصاعدًا فلا شيء له والا تخير في الرد واسترجاع العين وابقائه ومما حققنا
يعلم ان اطلاقات العبارة يحتاج الى التنقيح ولو ظهر استحقاقها بعد تلفها في يد المتهب فالاقرب
رجوعه على الواهب بما غرمه من القيمة وان زادت عن العوض دخلت فيه اي لو ظهر استحقاق العين
الموهوبة بعد تلفها في يد المتهب فان الاقرب انه اذا رجع المالك عليه بما غرمه من القيمة وان
زادت على الواهب سواء كانت الهبة خالية من العوض او معوضًا عنها وسواء كان العوض نقص عنها
اولا ووجه القرب انه مغرور لانه دخل على ان العين له مجانًا او بالعوض الاقل بناءً على انها ملك
الواهب وانها لو تلفت في يده لم يعقب لتلف غرم لان ذلك مقتضى الهبة فضعفت مباشرة المتهب
لغروره فكان الرجوع على السبب لان المغرور يرجع على من غره ويحتمل عدم الرجوع بشيء مع
عدم العوض وعدم الرجوع بما زاد على العوض الاقل لان التلف استقر في يده ويضعف بالغرور
والاصح الاول ولو كان العوض ازيد او مساويًا فلا بحث في الرجوع به لفوات ما بذل في مقابله و
كذا يرجع بما غرمه من اجرة وعوض المنافع وان استوفاها على اصح الوجهين كما لو ظهر المبيع مستحقًا
لانه دخل على انها يستحقها مجانًا اما ما غرمه مما يحصل له في مقابله نفع فانه يرجع بطريق
اولى ولو وهبه عصيرًا فصار خمرًا ثم عاد خلًا فله الرجوع على اشكال منشأه الاشكال في

الغاصب واحد احتماليه لا يخفى انه لو غصب عصيرا فصار خمرا في يد الغاصب ضمن المثل وخرج
عن ملك المغصوب منه فلو عاد خلا في يد الغاصب ففي عود ملك المالك له او حيرورته ملكا للغا
اشكال ينشا من انه ملك المالك قد زال وبجرد الملك في يد الغاصب ومن ان العين قد كانت
مملوكة للمغصوب منه فبتلك صيرورتها خمرا او قبل الصيرورة لم تزل اولويته لجواز امساكها للتخليل
تخللها فان عادت خلا فهو بعينه ذلك العصير فيكون ملكا له دون الغاصب فاذا تقرر
ذلك فاعلم انه لو وهب عصيرا فصار خمرا في يد المتهب ثم عاد خلا فهل للواهب الرجوع فيه اشكال
مبناه الاشكال في الغاصب والوجهان هنا كالوجهين هناك بل عدم الرجوع هنا اولى لان
رجوع الواهب دائر مع بقاء الملك وقد زال الملك هنا بصيرورة العصير خمرا فاذا عاد كان ملكا
جديدا والاولوية حين صار خمرا للمتهب دون الواهب بخلاف الغاصب فانه لا ملك له ولا اولوية
والاصح عدم الواهب بخلاف المغصوب منه ثم ارجع الى عبارة الكتاب واعلم ان قوله واحد احتماليه
يحتمل كونه معطوفا على الاشكال في قوله مبناه الاشكال في الغاصب فيكون التقدير مبناه الاشكال
في الغاصب ومبناه احد احتماليه بل هذا احتماليه بل هذا هو الذي يقتضيه سوق العبارة الا ان
بناء الاشكال على آخر يقتضي بناء احدى الوجهين في الثاني على احد الوجهين في الاول والآخر على
الآخر وحينئذ فلا يكون الاشكال الثاني مبنيا على احد الوجهين في الاول فتكون العبارة متدافعة
اما لو قال مبناه احد الاحتمالين في اشكال الغاصب لكان صحيحا وهو المطابق للواقع فانا اذا
قلنا بملك الغاصب الخل المتجدد فلا شك في عدم رجوع الواهب هنا وان قلنا بان الملك للمغصوب
منه فهنا اشكال ويحتمل كونه خبر المبتدا محذوف والجملة معطوف على الجملة قبلها تقديره وهو احد
احتماليه اي والرجوع احد احتمالي الاشكال وهو الذي فهمه الشارح السيد عميد الدين فانه قال
رجوع الواهب مبني على احد الاحتمالين وهو ان كان قلنا انه هو ذلك الاول بعينه فله الرجوع لبقاء
العين وعدم رجوعه مبني على الاحتمال الآخر وهو انا ان قلنا باستهلاكه وتجدد غيره فلا رجوع
للواهب هذا كلامه ولا يخفى ان العبارة لا تخلو من تكلف على هذا التقدير ايضا ولو افتك
الرهن او بطلت الكتابة فكذلك ان سوغناه مع التصرف اي لو افتك الرهن حيث رهن المتهب
الهبة او بطلت الكتابة حيث كان البعد فكذلك اي فللواهب الرجوع وقد بينا وجهه فيما مضى ويحتمل
ان يكون المراد فله الرجوع على اشكال وهو بعيد جدا بناء على ان التصرف غير مانع من الرجوع فان
هذا التصرف غير مزيل للملك   ولو عاد الملك بعد زواله احتمل الرجوع اي لو عاد الملك بعد زواله

بالبيع

المقصد الثاني في الاقرار

بالبيع ونحوه احتمل الرجوع بناءً على ان التصرف غير مانع ووجهه ان استحقاق الرجوع كان ثابتاً
والاصل بقاؤه ويضعف بانه قد انتفى بانتقال الملك عن المتهب لامتناع ثبوت سلطنة الواهب
على المشتري نعوده يحتاج اليه ليلد (؟) لاتح وقد سبق قوله الاول الصيغة الاقرار اخبار عن
حق سابق لا يقتضي تمليكا بنفسه بل يكشف عن سبقه الاخبار كالجنس تندرج فيه الشهادة على الغير
وكل اخبار ولا يدخل فيه الانشاءات وقوله عن حق سابق يخرج به الاخبار عن ما ليس بحق ويندرج في
الحق ملك العين والمنفعة واستحقاق الخيار والشفعة واولوية التحجير والحدود والتعزيرات لله
تع وللادمي والقصاص في النفس والطرف وبالسابق يخرج الاخبار عن حق مستقبل فانه ليس اقرارا
وانما هو بمنزلة الوعد لا يقال يخرج عنه الاقرار بالمؤجل قبل حلوله لان الحق انما يثبت في المستقبل لانا
نقول لا ريب ان الاخبار عن الحق المؤجل اخبار عن حق سابق لان كونه حقا امر سابق وانما المستقبل استحقاق
المطالبة به فان قيل الاخبار عن استحقاق المطالبة به اخبار عن حق غير سابق مع انه اقرار فلا يتناوله التعريف
قلنا الاقرار انما هو الاخبار عن اصل الحق ولما كان مقتضاه استحقاق المطالبة في الحال دفع المقر
عن نفسه بذكر الاجل فليس ذكر الاجل اقرارا ولا جزء منه بل دفعا لما لزم من الاخبار باصل الحق
وقوله لا يقتضي تمليكا بنفسه الخ الظاهر انه ليس جزءا من التعريف اذ لا يحترز به عن شيء وانما
هو بيان لحكمه وفي حواشي شيخنا الشهيد انه يخرج به جميع العقود لانها يحصل بها انشاء ويرد عليه الشهادة
على الغير فانها اخبار عن حق سابق ﻋ وزاد شيخنا الشهيد لاخراجها في حواشيه وفي الدروس
قوله لازم للمخبر وهذا تكلف متكلف دفع ذلك بان الشهادة اخبار عن حق ثابت في الحال لا سابق
وليس بشيء لان ثبوته في الحال فرع كونه سابقا فهو سابق وان لم يصرح بسبقه واورد عليه ما هو
في قوة الاخبار مثل نعم في جواب من قال لي عليك كذا فلذلك زاد شيخنا الشهيد في التعريف او ما
هو في قوة الاخبار ودفعه ظاهر فان المحذوف لقيام المذكور مقامه كالمذكور فيعد اخبارا والا
لم يكن المعطوف في لي علي كذا وكذا اخبارا حقيقة وليس كذلك قوله واللفظ الصريح لك عندي او علي
او في ذمتي وهذا او ما ادى معناه بالعربية وغيرها اي اللفظ الصريح في الاقرار ما دل على الاستحقاق
فاذا قال لك عندي او لك علي او لك في ذمتي كذا او قال لك هذا او ما ادى معنى ذلك
من الالفاظ مثل لك قبلي ومعي كذا فهو صيغة اقرار ولا فرق في ذلك بين كون الاقرار بالعربية
او بالعجمية من لغة او من العجمي بالاجماع لان كلا منهما لغة كالاخرى يعتبرها عما في الضمير

قيام

وتدل على المعاني الذهنية بسبب العلاقة الراسخة بينهما بحسب المواضعة فان كانت الالفاظ موضوعًا
لشيء دلت بشرط العلم بالوضع فان اقر عربي بالعجمية او بالعكس فان عرف انه عالم بما اقر به لزمه
وان قال ما علمت معناه وصدقه المقر له فلا اثر له وان كذبه فالقول قول المقر بيمينه لان
الظاهر من حال العجمي انه لا يعرف العربية وبالعكس ولان الاصل عدم تجدد العلم بغير لغته و
يكفي في الالفاظ ما يفيد الاقرار بالنظر الى العرف فلا يشترط كون اللفظ واقعا على قانون العربية
ويشترط تنجيزه فلو علقه بشرط كقوله لك كذا ان شئت وان قدم زيد او ان رضي فلان
او ان شهد لم يصح ولو فتح ان لزم لما كان الاقرار هو الاخبار الجازم بحق سابق كان التنجيز معتبرًا
فيه فلو علقه بشرط لم يكن اقرارًا لانتفاء الجزم كقوله لك كذا ان شئت وان قدم زيد الخ ولو فتح
ان فلا تعليق لان المفتوحة الخفيفة مع الفعل في تاويل المصدر وحذف الجار معها قياس مطرد
فتخرج الصيغة بذلك عن التعليق الى التعليل فيكون الجزم المعتبر في مفهوم الاقرار حاصلًا فلذا
ان شهد لك فلان فهو صادق او فهو حق او صحيح او صدق او صحيح لزمه وان لم يشهد
هذا الحكم افتى به الشيخ في المبسوط وتبعه جماعة المتاخرين ووجه اللزوم بوجهين أ انه قد اقر بصدقه
على تقدير الشهادة ولا يكون صادقا الا اذا كان المشهود به في ذمته لوجوب مطابقة الخبر الصادق
لمخبره بحسب الواقع فتكون في ذمته على ذلك التقدير ومعلوم انه لا دخل للشهادة في ثبوت المقر به
في الذمة في نفس الامر فاذا ثبت في ذمته مطلقا لما قلناه من انه لا دخل للشهادة في شغل الذمة
في نفس الامر وايضا فان الشهادة ليست سببا محصلًا بل السبب المحصل اعني المقتضي لشغل الذمة
امر آخر من بيع وقرض ونحوهما فاذا حكم بالصدق على تقدير الشهادة فقد حكم بثبوت سبب يقتضي
شغل الذمة ومع ثبوته يجب الحكم بشغل الذمة على تقدير الشهادة وعدمه لما عرفت من ان المقتضي
للشغل غير الشهادة ب انه قد اقر بلزوم المشهود به على تقدير الشهادة لاعترافه بصدق
الشاهد فيؤاخذ باقراره على ذلك التقدير الخاص ويلزم مؤاخذته به مطلقا لامتناع صدق
الخاص كالمقيد بدون العام والمطلق وظاهر انه لا دخل للقيد في اللزوم اذ اللزوم بسبب آخر فلا يتوقف
اللزوم على ذلك القيد ج انه يصدق كلما لم يكن المال ثابتا في ذمته لم يكن صادقا على تقدير الشهادة
وينعكس بعكس النقيض الى قولنا كلما كان صادقا على تقدير الشهادة كان المال في ذمته لكن
المقدم حق لاقراره فانه حكم بصدقه على تقدير الشهادة الا انه حينئذ مطابق لكنه حكم بصدقه على

عليه م

الاصل م

لا محالة م

على تقدير الشهادة بمقتضى الاقرار ثبت في ذمته م

بدون العام والمطلق بدون م

قال العلامة ... وانه قال لا ان يكون المال ثابتا او لا في الواقع الشاهد بالسببية ... الشهادة م

لقينها

تنديبهما هف ينفي الاول ويعترض بامرين احدهما التعليق فانه حكم بصدقه المقتضي لشغل
الذمة ان شهدوا والتعليق مناف للاقرار فكان كقوله كذا ان قدم زيد ويجاب بان هذا لكدم
تعليق محض بخلاف ما نحن فيه فانه بيان لحكم الشهادة على تقدير وقوعها الثاني انه ربما كان
اعتقاد المخبر امتناع الشهادة من الشخص المذكور لامتناع الكذب بالنسبة اليه عادة فيريد
ان ذلك لا يصدر منه ومثله في المحاورات للعوام كثير يقول احدهم ان شهد فلان
اني لست لابي فهو صادق ولا يريد سوى ما قلناه للقطع بعدم تصديقه على كونه ليس لابيه
مع ان الاصل براءة الذمة وفصل المص في التذكرة فقال الاقرب انه ان ادعى عدم علمه بما له وان
المقتول لا يستحق عنده شيئا وانه توهم ان فلانا لا يشهد عليه وكان ممن يخفى عليه ذلك قبل قوله
وحمل على التعليق والا ثبت والاصح عدم اللزوم ولو قال ان شهد لك صدقتهما ولو نفي او
ادعيه لم يكن مقرا لان قوله فلان الصادق يقتضي فلا يلزم من تصديقه اياه صدقه ولما الثا
فلان الحق لا يلزم بشهادة الواحد فيكون الحكم باللزوم مع لزوم الابطال فان قيل اي فرق بينه
وبين ان شهد فهو صادق قلنا الفرق ان حكمه بصدقه اخبار عن الواقع وما في نفس الامر لان كنزم
الصدق والكذب بحسب نفس الامر بخلاف لو رضي فان الرضى يراد به اللزوم ظاهرا بل هو
في الاستعمال واما الثالث فهو محض وعد ولو قال له علي الف اذا جاء راس الشهر لزم ان لم يقصد ا
بل الاجل وكذا لو قال اذا جاء راس الشهر فله علي الف لما كان كل من الصيغتين محتملا لارادة
التعليق وارادة التاجيل لصلاحية اللفظ لهما تعين الاستفسار لاختلاف والرجوع الى قصد
القائل وهو مختار المص هنا وفي التذكرة واطلق في الشرائع اللزوم بلا تفصيل وحكى قولا بالفرق
بينهما وهو اللزوم ان قدم المال لان التعليق ابطال للاقرار ورد بان الكلام لا يتم اوله الا باخره
ومن ثم يحكم بثبوت الاجل لو فسر بالتاجيل ولو قال كان له علي الف لزم ولا يقبل دعواه في
السقوط لانه وان كان لا يدل على الزوال قال الله سبحانه وكان الله عليما حكيما لكنها تشعر بذلك
بحسب الاستعمال العرفي الا انه لو صرح بالسقوط لم يقبل دعواه فان الاصل البقاء ولو قال اليس لي عليك
الف فقال نعم او اجل او بلى او صدقت او بررت او قلت حقا او صدقا او انا مقر به او بدعواك
او بما ادعيت او لست منكرا له او مدد دينارا او قبضتها او ابرأتني منها فهو اقرار اما جوابه بنعم او اجل
فظاهر لانه ان كان خبرا فنعم بعده حرف تصديق وان كان استفهاما فهي للاثبات والاعلام
لان الاستفهام عن الماضي اثباته بنعم ونفيه بلا واجل مثله واما بلى فانها وان كانت لابطال النفي

الا ان الاستعمال العرفي جوز ذلك وتوقعها في جواز الخبر المثبت لان المحاورات العرفية جارية على هذا
واهل العرف لا يفرقون بينهما وبين نعم في ذلك والاثار بها انما تجرى على ما يتفاهم اهل العرف
لا على دقايق اللغة هذا ان لم يكن قوله اليس عليك الف استفهاما ولو قدر استفهاما والهمزة محذوفة
فقد قال ابن هشام في المغني انه وقع في كتب الحديث ما يقتضي انها يجاب بها الاستفهام المجرد
مثل قوله صلى الله عليه وسلم لاصحابه اترضون ان تكونوا ربع اهل الجنة قالوا بلى رواه البخاري ومثل قوله
انت الذي لقيتني بمكة فقال له المجيب بلى رواه مسلم واما صدقت وبررت بكسر الراء الاولى
واسكان الثانية وقلت حقا وصدقا فانه اقرار اذا كان لي عليك الف خبرا مثبتا واما قوله
انا مقر به وكونه اسم فاعل يحتمل الاستقبال فيكون وعدا فارد عليه بنفس قوله لك ومدفوع
بانه لا يفهم من ذلك عرفا الا الاقرار وان استشكله الشارح ولذا الحق ومثله قوله انا مقر به عوالك
او بما ادعيت ولست منكرا له واحتمل في الدروس انه لا يكون الاخير اقرارا لان عدم الانكار اعم
من الاقرار فهو مقابله الا ان المفهوم عرفا منه عدم الانكار للاقرار واما البواقي فان الرد والنفي
والبراءة تدفع الثبوت والاستحقاق ولانه ما نادعاه فيما يقتضي ثبوت المدفوع وللاصل
ولو قال اليس لي عليك كذا فقال بلى كان اقرارا ولو قال نعم لم يكن اقرارا على راي هنا قول الكثير
لان نعم حرف تصديق فاذا وقعت في جواب الاستفهام كانت تصديقا لما دخل عليه الاستفهام
فيكون تصديقا للنفي وذلك مناف للاقرار واما بلى فانها تكذيب له من حيث ان اصل بلى بل زيدت
عليها الالف وهي للرد والاستدراك واذا كان كذلك فقوله بلى رد لقوله ليس لي عليك الف فانه
الذي دخل عليه حرف الاستفهام ونفي له ونفي النفي اثبات قال في التذكرة وهذا المحصل ما نقل
عن الكسائي وجماعة من فضلاء اللغة وقال ابن هشام في المغني ان بلى تختص بالنفي وتفيد ابطاله
سواء كان مجردا نحو زعم الذين كفروا ان لن يبعثوا قل بلى ام مقرونا بالاستفهام حقيقيا كان
نحو اليس زيد بقايم فيقول بلى او توبيخيا نحو ام يحسبون انا لا نسمع سرهم ونجواهم بلى او تقريريا
نحو الم ياتكم نذير قالوا بلى الست بربكم قالوا بلى واجروا النفي مع التقرير مجرى النفي المجرد في رده
ببلى ولذلك قال ابن عباس وغيره لو قالوا نعم لكفروا ووجهه ان نعم تصديق للمخبر بنفي او ايجاب
وقال قوم انه يكون مقرا قال في التذكرة لان كلا واحدا من نعم وبلى يقام مقام الاخر في العرف قال في
المغني ونازع السهيلي وجماعة في المحكي عن ابن عباس وغيره في الاية متمسكين بان الاستفهام
التقريري خبر موجب ولذلك امتنع سيبويه من جعل ام متصلة في قوله تعالى افلا تبصرون ام انا

جبر

ولا تستعمل بلى الا بعد النفي
الايجاب التام م

ضد لانها لا تقع بعد الايجاب وفي بحث نعم حكي عن سيبويه وقوع نعم في جواب لست ثم قال ان
جماعة من المتقدمين والمتاخرين قالوا اذا كان قبل النفي استفهام تقريري فالا كثير
ان يجاب بما يجاب به النفي رعياً للفظه ويجوز عند امن اللبس ان يجاب بما يجاب به الايجاب رعياً
لمعناه قال وعلى ذلك قول الانصار للنبي صلى الله عليه وسلم وقد قال لهم الستم ترون لهم ذلك نعم وقول الشاعر
اليس الليل يجمع ام عمرو واياناً فذاك بنا تداني نعم وارى الهلال كما يراه ويعلوها النهار كما علاني
قال م وعلى ذلك جرى كلام سيبويه والمخطي مخطي لحينئذ ظهر ان بلى ونعم يتواردان في جواب ليس
مع امن اللبس واقتضى العرف اقامة كل منهما مقام الاخر فقد تطابق العرف واللغة على ان نعم في مثل
هذا اللفظ اقرار كبلى وانتفاء اللبس وهو الاصح واختاره شيخنا في الدروس ومما قررناه علم
ان جعل نعم هنا اقراراً اولى من جعل بلى اقراراً في قوله لي عليك الف للاتفاق على انه لا يجاب بها الا
في الاقرار بالاقرار لانه اخبار بحق سابق والاقرار حقاً وفي تعيين الحق لثبوت الحق به
فيندرج في عموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز ولو قال لي عليك الف فقال انا مقر ولم
يقل به على الاقوى او زنه او خذه او انتقده او زنت او خذ لم يكن اقراراً اما لم يكن قوله انا مقر
ولم يقل به اقراراً لاحتمال المدعى وغيره فانه لو وصل به قوله بالشهادتين او ببطلان دعواك
لم يختل اللفظ وذلك لان المقر به غير مذكور في اللفظ فلا يتعين بما يطابق المدعي وعنه
ومع انتفاء الدلالة على المدعي يجب التمسك ببراءة الذمة الى ان يقوم دليل على شغلها ويحتمل كونه
اقراراً لان صدوره عقيب الدعوى يقتضي صرفه اليها كما في قوله تعالى ءاقررتم واخذتم على ذلكم
اصري قالوا اقررنا وقوله تعالى فاشهدوا انما امر للملائكة بالشهادة على الاقرار ولبعضهم
ملك الحي بعضنا تكذيبه وذلك كبلى على البعض دليل على ان ذلك كاف في الاقرار مع عدم قولهم
به ولانه لولاه لكان هذراً فان نزل الاخبار على جواب المدعي عليه بما انا مقر بالشهادة عن شيئها
هذراً ودفع الهذريه عن كلام العقلاء مقصود للشارع وجوابه ان صدوره عقب الدعوى
ان اريد بصرفه اليها دلالته على الاقرار بمقتضاها فهو ممنوع لامكان ان يراد الاقرار بشي
آخر ويكون فيه اشعار برد دعوى المدعي لما يظهر من جوابه من الاستهزاء وان اريد بصرفه
اليها كونه جواباً فلا دلالة فيه واما الآية فلا دلالة فيها على محل النزاع لانتفاء احتمال الاستهزاء
فيها ودعوى الهذريه والسفه مردودة بان الاستهزاء من الامور المقصودة لغرض فلا يعد هذراً
والاصح الاول امانة وخذه وعرفها فلا يعد شي منها اقراراً لانتفاء الدلالة لامكان خروج ذلك

كثير
النهار ل
يجاب
بالشهادة م

تخريج الاستهزاء ولو قال انا اقر به احتمل الوعد اى فلا يكون اقرارًا اما انه يحتمل الوعد فلان
الفعل المستقبل يشترك بين الحال والاستقبال والاقرار بالنسبة الى المستقبل وعد واما انه لا يكون
اقرارًا فظاهر لان الاقرار اخبار بحق جازم بحق سابق ويمكن ان يكون مراد المص احتمال كونه وعداً
واحتمال كونه اقرارًا فتكون المسألة ذات وجهين وهو الذى فهمه الشارح الفاضل ولد المص
وشيخنا الشهيد قال في حواشيه ان فيها قولين وذكر في التذكرة ان فيها للشافعية وجهين ووجه
الثاني ان قرينة الخصومة وتوجه الطلب يشعر بالتنجيز فيكون اقرارًا والاصح الاول
ولو قال اشتر منى هذا العبد او استوهبه فقال نعم فهو اقرار لان نعم في جواب الفعل
المستقبل حرف وعد وعرضه اياه بالشراء منه يقتضى كونه مالكاً لامتناع صدور البيع الصحيح
من غير مالك ومثله الاستيهاب وفرق المص في التذكرة بين ان يقول اشتر منى عبدى هذا فيقول
نعم فانه اقرار على الاصح مع احتمال عدمه وبين ان يقول اشتر منى هذا العبد فيقول نعم فانه اقرار
بان المخاطب مالك البيع وليس اقرارًا بانه مالك المبيع ويشكل الفرق بان اليد تدل على الملك والا
في ثبوت سلطنة التصرف لامكانه بالنيابة عن الغير ولعل ما هنا هو الاقرب وكذا لو قال
بعنى او هبنى او ملكنى اى هو اقرار وذلك بطريق اولى ولو قال ملكت هذه الدار من فلان
او غصبتها منه او قبضتها منه فهو اقرار بخلاف تملكتها على يده لان حصول الملك منه يقتضى كونه ذا يد
وصدور السبب المملك منه وكذا غصبتها منه وقبضتها منه واما تملكتها على يده فلا يقتضى الا جريان
سبب الملك على يده وهو اعم من صدوره منه فانه ربما كان واسطة في ذلك دلالًا او سمسارًا
ونحو ذلك ولو قال بعتك اباك فحلف عتق ولا ثمن اى لو ادعى مدع على غيره انه باعه اباه
فانكر وحلف فانتفت الدعوى عنه والثمن وعتق الاب لانه بزعم المدعى قد دخل في ملك ابنه
فصار حرًّا فينفذ اقرارًا لان اليد له والملك منحصر فيه ظاهرًا ولو قال له على الف في علمى او فيما
اعلم او في علم الله تع لزمه لان ما في علمه لا يحتمل الا الوجوب فان المتبادر من العلم هو اليقين وعلمه
تع كون الواقع بخلافه وقد ثبت بان الا ما في علمه في علمه سبحانه ولو قال له على الف ان شاء
الله تع فالاقرب عدم اللزوم وجه القرب انه علقه على شرط والتعليق مناف للاقرار ولان
مشيئته سبحانه امر لا يطلع عليه ولا سبيل الى العلم به الا بعد ثبوت ذلك في ذمته ويحتمل
اللزوم اما بالحمل على التبرك كما في قوله تع لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله فان ذلك للتبرك واما
لانه انكار بعد الاقرار لانه وصل اقراره بما يرفعه بالجملة ولا يصرفه الى غير الاقرار فلم يقبل ما اقربه

وبطلانه

ويبطل صلته به و يضعف بان الترك محتمل والاصل براءة الذمة فلا تصير مشغولة بالمحتمل نعم لو علم قصد الترك فلا بحث في الذمم ودعوى كونها تمامًا بعدًا لا قرار مدفوعة بان شرط الاقرار التنجيز وهو منتف هنا اما لو قال له علي الف لا ان يشاء الله فانه اقرار صحيح لانه علق رفع الاقرار على امر لا يعلم فلا يرتفع كذا قال المص في التذكرة ويشكل بانه سيأتي في الايمان ان شاء الله تعالى ان الاستثناء بمشيته سبحانه وتعالى يقتضي عدم انعقاد اليمين ولو قال انا قاتل زيد بضم قاتل او بضم زيد لا مع النصب والوجه التسوية في عدم الاقرار وجه الفرق ان اسم الفاعل لا يعمل الا اذا كان بمعنى الحال او الاستقبال فمع النصب يكون قد اعمله فتعين ان لا يكون بمعنى الماضي وانتفاء كونه بمعنى الحال معلوم فتعين ان يكون للاستقبال وحينئذ فلا يكون اقرارًا لانه اعلام عن عزم من الاقرار اجنبي جازم بحق سابق ومع الجر يكون ترك اعماله دليلًا على انه بمعنى الماضي فيكون اقرارًا ويؤيده استعمال اهل العرف اياه في الاقرار وجه التسوية بينهما في عدم الاقرار ان الاضافة لا تقتضي كون اسم الفاعل بمعنى الماضي لجواز كون الاضافة لفظية وهي اضافة الصفة الى معمولها فتكون مع الاضافة بمعنى الحال او الاستقبال ويكون اثر العمل ثابتًا تقديرًا ومتى احتمل اللفظة الامرين انتفى كونه اقرارًا لان الاصل البراءة والحكم في الدماء مبني على الاحتياط التام وهذا اقرب فالمطلق ينفذ اقراره بكل ما يقدر على انشائه لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جايز ولا يتقضي الحكم باقرار الوكيل بما يقدر على انشائه مما هو وكيل فيه من حيث انه غير نافذ على موكله لان ذلك ليس اقرارًا وانما هو شهادة لان الاقرار هو الاخبار بحق لازم للمخبر واقرار الاخرس مقبول مع فهم اشارته ويفتقر الحاكم الى مترجمين عدلين وكذا في الاعجمي لا ريب ان اقرار الاخرس بالاشارة مقبول لانها في حقه بمنزلة اللفظ في حق غيره ولذلك يعتبر بيعه وساير عقوده بها لكن بشرط فهمها فان فهمها الحاكم جاز له الحكم والا افتقر الى مترجمين عدلين يخبران بان مقصوده منها الاقرار بكذا وكذا في الاعجمي اذا لم يعرف الحاكم لسانه الصبي لا يقبل اقراره وان اذن له الولي ح نقل المص في التذكرة على ذلك الاجماع منا وبعض العامة حكم بصحة اقراره اذا اذن له الولي ولو جوزنا وصيته في المعروف جوزنا اقراره بها لان كل من ملك شيئًا ملك الاقرار به من غير سبق الا لا يخرج ذلك ولو ادعى انه بلغ بالاحتلام في وقت امكانه صدق من غير يمين والا دار وجه لزوم الدور ان صحة اليمين مشروطة بكون الحالف بالغًا لرفع القلم عن الصبي فيتوقف على الحكم بالبلوغ فلو توقف الحكم بالبلوغ عليها لزم توقف كل منهما على الآخر وهو الدور قال شيخنا في الدروس انه يمكن دفع الدور بان يمينه موقوفة على امكان بلوغه والموقوف على

الثاني المقر

ولا يشترط عدالته فيقبل اقرار الفاسق والكافر ح

وكل من ملك شيئًا ملك الاقرار به ح

بيّنة هو وقوع بلوغه لتغاير الجهة وضعفه ظاهر لان امكان البلوغ غير كاف في صحة اقوال الصبي
وافعاله والجارية كالصبي لو ادعت البلوغ بالاحتلام ولو ادعته بالحيض فعند المصنف في التذكرة
يقبل ان كان ذلك في وقت الامكان واستشكله في الدروس بان مرجعه الى السن ولو ادعى احدهما
البلوغ بالانبات وجب اعتباره ولو ادعاه بالسن طولب بالبينة لامكانها قال في التذكرة ولو كان غريبا
او خامل الذكر الحق بمدعي الاحتلام وفيه نظر لان ما يعتبر فيه البينة لا يتغير حكمه بعجز المدعي عنها
وهذا هو المناسب لاطلاق قوله ولو ادعاه بالسن طولب بالبينة ولو اقر المراهق ثم اختلف هو والمقر له
في البلوغ فالقول قوله من غير يمين الا ان يقوم بينة ببلوغه وذلك لان الاصل عدم البلوغ وشرط
صحة اليمين كونه بالغا فلم يثبت ولانه لو حلف لكان الثابت باليمين انتفاء صحتها وهذا اذا كان الاختلاف
قبل العلم ببلوغه اما بعده ففي تقديم قوله تمسكا باصالة عدم البلوغ او قول الآخر تمسكا باصالة الصحة
في اقراره وجهان ومثله بيعه وسائر عقوده وقد تقدمت هذه المسألة في البيع والضمان وفي حكمه
النائم والمغمى عليه والمبرسم والسكران وشارب المرقد وان تعمد لغير حاجة قال المصنف في التذكرة لا تقبل
اقرار المجنون لانه مسلوب القول في الانشاء والاقرار بغير استثناء وهو في معنى قوله هنا مطلقا ولا
فرق بين كون جنونه مطبقا او يأخذه ادوارا الا ان الذي يأخذه ادوارا ان اقر في حال افاقته نفذ
المجنون ص لانه حينئذ عاقل وفي حكمه النائم والغافل والساهي لرفع القلم عن النائم حتى ينتبه وكذا الغافل
والساهي ولانه لا قصد لاحدهم وكذا المغمى عليه والمبرسم وهو كمسلم مفعول قال في القاموس البرسام
بالفتح ح بالكسر علة يهذى فيها برسم بالضم فهو مبرسم ولا خلاف في ذلك كما ذكره المصنف في التذكرة واما السكران
الذي لا يحصل او لا يكون كامل العقل حالة سكره فلا يقبل اقراره ونقل المصنف في التذكرة فيه اجماعنا
وكانه لم يلتفت الى خلاف ابن الجنيد حيث قال ان سكره ان كان من شرب محرم اختيارا الزم باقراره
كما يلزم بقضاء الصلوة وضعفه ظاهر وللشافعي اختلاف في نفوذ اقراره وبيعه وربما فرق بين السكران
قاصدا وغيره وشارب المرقد كالسكران فيما قلناه وقوله وان تعمد لغير حاجة يعود الى الكل يعني انه لما لم
يكن لاحدهما عقل كامل ولا قصد صحيح لم يعتبر ما يقع منه وكونه مؤاخذا بقضاء الصلوة لعدوانه
بالتسبب الى زوالها لا يقتضي الاعتداد باقواله وافعاله شرعا ولو ادعى زوال العقل حال اقراره
لم يقبل دعواه الا بالبينة ولو كان له حالة جنون فالاقرب سماع قوله اما الحكم في الاول فلانه يدعي
فساد اقرار محكوم بصحته ظاهرا ولان الاصل عدم حدوث مانع من صحته كما ان الظاهر كذلك ايضا
ومع عدم البينة فالقول قول المقر له بيمينه وقال المصنف في التذكرة ولو لم يعلم له حالة جنون فالبينة

لم يثبت

لم يلتفت اليه وظاهر هذا عدم توجه اليمين على الآخر وهو بعيد لانه يدعي عليه غايته في الباب
كون الدعوى بعيدة وذلك لا ينفي توجه اليمين واما الحكم في الثاني فوجه المذهب انه لما تعارض عليه
كل من الحالتين لم يكن له حالة معهودة يحكم بوقوع الاقرار فيها والاقرار وان كان الاصل فيه الصحة
الا انه مشروط بصدوره في حال العقل لعموم قوله ع اقرار العقلاء على انفسهم جايز واحتمال
كل من حالتي العقل والجنون قد علم انه مكافئ لاحتمال الاخرى والجهل بالشرط موجب للجهل
بصحة المشروط هذا مع ان الاصل براءة الذمة فيقدم قوله بيمينه فان قيل لو كان العلم بوقوع
الاقرار في حال العقل شرطا للصحة لما حكم بصحة شيء من تصرفات من يعتوره الجنون الا
اذا قطع بكونه عاقلا في وقت ايقاعها ولما وجب على وارثه دفع ما اقر به مع جهل حاله الاقرار
قلنا هو كذلك وانما اوجبنا اليمين هاهنا لدعوى المقر له صدور الاقرار حال العقل وانما الوارث
فان ادعى صدوره حال الجنون فهي كدعوى المورث وان صرح بعدم العلم ففيه نظر
ويحتمل عدم سماع قوله الا ببينة لسبق الحكم بالصحة ولان دعوى السقوط بعد الثبوت يتوقف
على البينة ويضعف بعدم سبق الحكم بالصحة والثبوت فيهما وما ذهب اليه المص اقرب وينبغي ان يكون
موضع المسئلة ما اذا لم يعلم حاله قبل الاقرار فان علم وكان عاقلا فعلى مدعي تجدد الجنون
البينة وينعكس الحكم لو انعكس الفرض ولو شهد الشهود باقراره لم يفتقر الى ان يقولوا طوعا
في صحة من عقله لان اطلاق الاقرار انما يحمل على الاقرار الشرعي ولا يكون شرعيا الا اذا
صدر طوعا في حال صحة العقل ولا ينفذ اقرار المكره فيما اكره على الاقرار به اجماعا منا نقله في
التذكرة وحكى القول بذلك عن الشافعي واحمد والاصل فيه قوله ص رفع عن امتي الخطاء والنسيان
وما استكرهوا عليه ولو اقر بغير ما اكره عليه صح مثل ان يكره على الاقرار لرجل فيقر لغيره
او يكره على ان يقر بمال فيقر بغيره او يكره على الاقرار بطلاق امراة فيقر بطلاق اخرى او بنوع ص
يكره على الاقرار بعتق عبد فيقر بعتق غيره لان المقر به غير مكره عليه فيتناوله عموم الحديث
ولو اكره على الاقرار بمائة فاقر بمائتين فالظاهر نفوذه لان عدوله الى الاكثر مما وقع الاكراه عليه
دليل صدوره باختياره وهو مقرب التذكرة بخلاف ما لو اقر بالخمسين لان الاكراه على الا
قرار بعدد ص يقتضي شمول الاكراه لما دونه ولان الظاهر ان مراده به دفع عادية المكره ومعلوم
انه متى امكنه دفعه بالاقل لم يقر بما فوقه فرع لو اكره على بيع احد المالين من غير تعيين
فباع واحدا معينا ففي كون البيع مكرها عليه تردد وسياتي ان شاء الله تع في الطلاق انه لو اكره

وله ـه

على طلاق احدى زوجتيه لا بعينها فطلق معينة وقع ولو اكره على اداء مال فباع شيئا من ماله ليؤديه
صح البيع مع عدم حصر السبب اي مع عدم حصر سبب الاداء في مال بعينه ويمكن ان يكون المراد به انه
يصح حيث لا يكون المكره قد حصر الاداء في مال بعينه وهذا صحيح لانه حينئذ مكره على بيع ذلك المال
فلا يصح ويمكن ان يكون المراد به صحته حيث لا يكون سبب الاداء بحسب الواقع منحصرا في مال
بعينه بان لا يكون عنده ما يؤدي المال من ثمنه الا شيء واحد فانه ح يكون مكرها على البيع وهذا
هو الذي حكى شيخنا الشهيد في حواشيه ان العلامة قطب الدين نقله عن المص وفيه نظر لان البيع
المذكور مقصود اليه واقع بالاختيار ليدفع به اذى المكره كما لو دعته ضرورة اخرى الى بيع ماله لدين عليه
وانما حمله عليه حصول الضرورة لان انحصار سبب الاداء في بيع المال الواحد من الامور النادرة ولانه
لو عد ذلك اكراها لادى الى ان لا يرغب احد في الشراء من المكره على اداء مال فينسد عليه باب الخلاص
وذلك ضرر عظيم ثم انه لو كان ذلك اكراها على البيع مع انحصار السبب لكان لتوقف اداء المال عليه و
يلزم الاكراه مع عدم انحصار السبب ايضا لان التوقف قائم هنا ايضا غاية ما في الباب ان التوقف
على امر بخصوصه وفي الثاني على واحد من متعدد وكل ما اتى به كان هو المكره عليه والذي يقتضيه النظر ان
الاكراه على الامر الكلي لا يعد اكراها على شيء من الجزئيات سواء تعددت بحسب الواقع او لم يوجد منها
الا واحد اذ لا يدل الاكراه على الكلي على الاكراه على الجزئيات بشيء من الدلالات وان توقف حصول
المكره عليه بحسب الواقع على حصول شيء منها ولو ادعى الاكراه حالة الاقرار لم يقبل الا بالبينة لان
الاصل في الاقرار الصحة والحكم بلزومه من حين صدوره فبطلانه يحتاج الى دليل ومع عدم البينة
حلف المدعى عليه سواء اقر عند السلطان (وصدور) لا يقتضي الاكراه اذ قد يخلو عنه والاصل عدمه نعم لو وجدت
قرينة دالة عليه كالقيد او الحبس او التوكيل بالمقر لمن يحفظه ويمنعه من الانصراف توجه جانبه بمساعدة
الظاهر فيصدق مع اليمين والى هذا اشار المص بقوله وان اقر عند السلطان الا مع قرينة
دالة عليه كالقيد او الحبس او التوكيل به فيصدق مع اليمين واستشكل المص هذا الحكم في التذكرة
وانما يكون القيد ونحوه دليلا على الاكراه اذا لم يعلم انه لامر اخر فلو علم انه لا تعلق له بالاكراه
انتفى هذا الحكم   المريض ويقبل اقراره ان برأ مطلقا على اشكال اي يقبل اقرار المريض اذا برأ
يعني انه ينفذ كاقرار الصحيح مطلقا اي سواء كان متهما في اقراره على ورثته وباقي غرمائه بانه يريد
دخول النقص عليهم بمزاحمة المقر له اياهم ام لا بدليل قوله بعد ان لم يكن متهما اقرار المريض اذا
مات في مرضه من الثلث اما مطلقا او مع التهمة وذلك على اشكال ايضا من انه لما صدر حال المرض

ام لا لان مجرد الوقوع عند السلطان ـ ص

وفي ذلك ايماء الى قول جمع من الاصحاب [illegible] [illegible] ـ ص

ع

مع التهمة كان كالوصية ويجيز الوارث ومن عموم قوله ع اقرار العقلاء على انفسهم جائز ولان المانع من النفوذ المرض
وقد زال ولاطلاق الاصحاب اللزوم اذا برأ وهو الاصح وان مات في مرض الاقرار فكذلك ان لم يكن
متهما والا فمن الثلث اي وان مات المريض المقر في مرضه الذي اقر فيه فكذلك اي يقبل ويكون نافذا
من الاصل مع عدم التهمة ومعها من الثلث وهذا هو اصح الاقوال للاصحاب وسيأتي ان شاء الله تعالى
بيانه في الوصايا وهذا انما هو في الاقرار بما لا يكون من الثلث كما اقر به قبل المرض او بدين من ثمن
مبيع لانجاباته او يسنده الى ما قبل المرض فلو اطلق وتعذر الاستفسار فليس ببعيد جعله من الثلث وان — الاستفسار
لم يكن متهما لان الاقرار انما يقتضي اللزوم قبل زمان الاقرار بمقدار ما يمكن انشاء السبب ولو اقر
بدين مستغرق ولا تهمة وثبت بالبينة آخر مستغرقا او اقر الوارث به على اشكال ثبت التحاص
اي لو اقر المريض بدين مستغرق للتركة ولا تهمة ثم اقر على المختار ثبت دين آخر بالبينة وهو
مستغرق ايضا سواء كان قبل الاقرار او بعده ثبت التحاص لان الاقرار مع انتفاء التهمة حجة وكذا
البينة ولا اولوية لاحدهما على الاخرى وكلام الشارح الفاضل ولد المصنف يقتضي ان فرض المسئلة
تاخر الاقرار عن الثبوت بالبينة وان في ثبوت التحاص حينئذ اشكالا بالنظر الى سبق تعلق حق الغرماء بالتركة
على الاقرار وليس بشيء اما اولا فلان العبارة اعم واما ثانيا فلان الاقرار مع عدم التهمة حجة
يجب العمل به تجري مجرى ما لو ثبت دينان ببينتين اما اذا اقر الوارث بدين آخر فهل على مورثه مما فا
الى ما انه المورث ففي ثبوت التحاص هنا الاشكال الذي ذكره المصنف ومنشاؤه من ان الوارث خليفته
ونائب منابه ولا تهمة عليه فينفذ اقراره كاقرار المورث ومن انه اقرار في حق الغير فان مال الدين
المستغرق الثابت بالحجة الشرعية ومن اقرار المريض العاري عن التهمة او البينة يستحق اخذ جميع
التركة او قيمتها بالبينة فلا يكون نافذا وفرق بين اقراره واقرار مورثه لانه اقرار على نفسه وقد قام الدليل
على نفوذه مع عدم التهمة بخلاف الوارث والاصح عدم التحاص هنا ولا فرق بين الاقرار — ثبوت م
للوارث وغيره على رأي اي لا فرق بين كون المقر له وارثا او لا عند اكثر الاصحاب كالشيخ وابن البراج
وابن ادريس فعلى ما تقرر ينفذ اقرار المريض من الاصل مع عدم التهمة ومن الثلث معها لصحيحة
منصور بن حازم عن الصادق ع انه سأله عن رجل اوصى لبعض ورثته بان له عليه دينا فقال
ان كان الميت مرضيا فاعطه الذي اوصى له واطلق ابن بابويه انه يمضي في الوارث من الثلث وذهب
ابن حمزة الى نفوذه في الاجنبي من الاصل مطلقا وفي الوارث من الثلث مع التهمة ورواية منصور
على التهمة على ان دلالتها بمفهوم الشرط ولو اقر لزوجته بمثل مهرها او دونه صح اذ لا مانع من صحة الاقرار

بهم م

اسمعيل بن جابر الصحيح عن ابي عبد الله ع انه سأله عن رجل اقر لوارث له وهو مريض بدين له عليه فقال يجوز اذا كان الذي اقر به دون الثلث والاصح الاول والرواية

ص

صح

ولا فرق بين كون الاقرار قبل الدخول بها او بعده ولا بين كونه ازيد من مهر السنة او لا وفي حواشي شيخنا الشهيد انه يشكل مع الزيادة ولو اقر بالزيادة او بعينه نفذ من الثلث مع التهمة ومن الاصل بدونها اما اذا اقر به كذا بلا تعيين مهر المثل فان الزيادة بمنزلة المحاباة في المعاوضات فان النكاح فيه شايبة المعاوضة تجري فيه ما يجري في البيع وبين اقراره بثمن مبيع معلوم اشتراه في حال صحته زيادة عن ثمن مثله فتكون الزيادة من الثلث مع التهمة والا فمن الاصل ولو اقر للزوجة بعين المهر فكما قلنا ينفذ من الاصل مع عدم التهمة ولو اقر لاثنين متهم في حق احدهما اختص بالتنقيص اعطي كل واحد منهما حقه ويجوز في متهم الرفع لكونه فاعل اقر او خبرا عن مبتدأ محذوف والجر صفة ببدل للاثنين

ولو اقر بعين ماله وبدين في الذمة لآخر ولا تهمة فلا شيء للثاني اي لو اقر بعين ماله كله لواحد ووجه ما ذكره من انه لا شيء للثاني انه لما نفذ اقراره في اعيان التركة صار بمنزلة ما لم يكن ثم شيء يتعلق به الدين فلم يكن للثاني شيء لان استحقاقه فرع وجود التركة وكذا لو قدم الثاني مقتضى العبارة انه في المسئلة السابقة اخر الثاني ولا دلالة للعبارة على ذلك لان الواو لا يدل على ترتيب ولا ضده الا انه لما كان لطلاق العبارة صالحا للامرين حاول المصنف التصريح باستوائهما في الحكم ووجهه ان الاقرار بجميع اعيان ما تركه ظاهر امتى كان نافذا فلا فرق بين تقدمه وتاخره لامتناع تعلق دين المريض بعين ماله ولو اقر بوارث فلا شيء باعتبار التهمة وعدمها وجه القرب ان المقتضى لكون الاقرار المعلول من الثلث هو التهمة وهو موجود في محل النزاع فان الاقرار بالوارث يقتضي الاقرار باستحقاق الارث فيثبت للحكم ويحتمل النفوذ مطلقا لانه اقرار بالنسب واستحقاق المال تابع وهو ضعيف لان المقصود الاصلي من النسب ثبوت احكامه ومن جملتها استحقاق المال وما يترتب وكذا الاقرار باحبال الامة او اعتاق اخيه المملوك لو ارثه اي ينفذ مع التهمة من الثلث وبدونها من الاصل فان الاحبال سبب في العتق والارث معا فهو في معنى الاقرار بالمال وكذا اعتاق الاخ فان الاعتاق تصرف في المال على وجه التبرع ومقتضى لاستحقاق الاخ الارث لاقتضائه زوال المانع من الارث المقتضي لحجب العم وكذا لو كان له اخ آخر حر فان الاقرار بالعتق يقتضي نقصان حظه وينبغي ان يكون موضع المسئلة ما اذا اسند الاعتاق الى حال الصحة اذ لو اسنده الى المرض او اطلق كان تبرعا واقعا في المرض فيكون من الثلث مع التهمة وبدونها لما سياتي ان شاء الله تعالى ان منجزات المريض من الثلث ولو اقر الوارث بدين على الميت ولا تركة لم يلزم لان القضاء انما

بزايد

ولد

فرع لو ادعى الوارث عن التركة ولم يسلمها الى الطالب شيء وقبل تحويله وذلك معنى العدم منه رحمه الله

فان الاطلاق يقتضي سبق الاقرار وعلى كل تقدير والاصل عدم التملك منه رحمه الله

يجب

يجب من مال الميت ولو تركه لم يلزمه لان القضاء انما يجب من مال الميت لا من مال الوارث وهل
يكفي ذلك في خروجه وقضائه ان الزكوة من غير الوارث او من بيت المال فيه نظر ينشأ من قيام الوارث مقام
الميت ومن انه اقرار في حق المستحقين ولو خلف مالا تخير في التسليم من التركة وغيرها فيلزمه اقل
الامرين من الدين والتركة اما تخيره في التسليم من التركة وغيرها فلان له الاختصاص باعيان التركة
والمال ولزوم اقل الامرين فلان الدين ان كان اقل فهو الواجب فان كان التركة اقل فالواجب
صرفها او صرف قيمتها في الدين دون ما زاد عليها اذ لا يجب الاداء من ماله وفي حكم ان وجد من
يشتري اعيان التركة بزائد عن قيمتها السوقية او رضي بها رب الدين وقيمتها الان اقل وهل يجب على الوارث
اداء جميع الدين ام القيمة السوقية فقط كل منهما محتمل ولو تعدد الوارث ادى كل واحد بقدره
ميراثه لان الواجب على اقل الامرين مما وصل اليه من التركة ومن الدين ولو اقر احدهم لزمه
من الدين بقدر ميراثه اي بقدر ما وصل اليه من الارث بالاستحقاق اي بالنسبة اذ لا ينفذ اقراره
على باقي الورثة فلو كانا اثنين لزمه اقل الامرين من نصف التركة ونصف الدين هذا اذا تسلم
جميع نصف التركة والا فاقل الامرين مما تسلم ونصف الدين العبد ولا يقبل اقراره بمال
ولا حد ولا جناية توجب ارشا او قصاصا الا ان يصدقه السيد ويتبع بعد العتق بالمال ولو قيل
يقبل ويتبع به ان لم يصدقه السيد كان وجها اجمع اصحابنا على انه لا يقبل اقرار العبد على نفسه
بمال ولا حد ولا جناية مطلقا لتؤيده انه لا يملك نفسه ولا التصرف في نفسه وهو مال الغير
فاقراره على نفسه اقرار على مولاه والاقرار على الغير غير مسموع فان صدقه السيد نفذ لان المنع من
نفوذ اقراره انما كان لحق السيد وقد انتفى وفي الحد والجناية الحكم ظاهر واما المال
فلا يؤخذ به المولى ولا العبد لان جميع ما يكتسبه حق للسيد بل يتبع به بعد العتق لان الغرض ان المال
المقر به ليس مما لزم السيد اذا عرفت ذلك فاعلم ان اقرار العبد لا ينفذ في الحال الا بتصديق
السيد كما قلناه وهل ينفذ بحيث يتبع به بعد العتق وزوال سلطنة السيد عنه فيه وجهان
احدهما العدم لانتفاء اهليته للاقرار لانه لا يقدر على شيء كما دلت عليه الآية ولان في نفوذه
بعد العتق على المولى لقلة الرغبة فيه لان ضمان شيء في الحرية يزاحم الارث بالولاء والثاني
النفوذ لانتفاء الدليل الدال على سلب الاهلية وانما منع من النفوذ في الحال لحق المولى فالنفوذ
في وقت لا حق للمولى فيه لا مانع منه ولما كان قدرته على انشاء الاقرار معلوما لم يكن عموم الآية
متناولا لهذا الفرد ولو سلم فهو معارض بعموم قوله ع اقرار العقلاء على انفسهم جائز فيتنزل

يمكن عدم لزوم اداء الوارث ما زاد عن
لعدم ... اداء الدين من التركة
اذا كان زيادة على القيمة ... الوارث
لعدم ... اعيان التركة
وهو ... بها
بخطه

تقضي ص

ولهذا ينفذ في الحال لو صدقه ح

نفي قدرته على انشاء الاقرار على كونه ذلك بالنسبة الى المولى جمعاً بين الدليلين ويحمل النقض على المولى
بقلة الرغبة فيه غير معتد به فان ذلك لا ينظر اليه ومجرد حصول الحرية مظنة التصرفات
المانعة من الارث بالولاء او المنتقضة له والاصح الثاني وهو مختار الشيخ في المبسوط وهل يتبع في
الجناية ايضا كالمال حكاه في الدروس قولا ولم يفت بشيء ولو كان مأذوناً في التجارة فاقر بما يتعلق بها
قبل ويؤخذ ما اقر به مما في يده وان كان اكثر لم يضمنه المولى بل يتبع به بعد العتق لما قبل اقراره دون
لانه لولاه لزم الاقرار بالمدين لوجب الضرر لانه يعتق مع ان الاذن في التجارة يقتضي جوازه
وذلك يفضي الى انصراف الرغبات عن مداينة العبيد فيؤدي الى اختلال حال التجارة واستشكل المص
القبول في التذكرة ووجه اشكاله في موضعه ولا ريب ان القبول انما هو بقدر ما في يده لان الاذن في التصرف انما
تناوله والزائد لا يضمنه المولى بل يتبع به واحترز بقوله فاقر بما يتعلق بها عما اذا اقر بالاتلاف ونحوه
مما لا مدخل له في التجارة فانه لا ينفذ في حق المولى ولو اطلق فهل يحمل على دين المعاملة او الاتلاف وجهان
وينبغي الحكم بانه يستفسر مع امكانه ولو حجر عليه المولى فاقر بعينية ففي النفوذ تردد ولا يصح
اقرار المولى عليه بحد ولا عقوبة ايضا لعقوبات كالتعزير وضرب اليد في الاستمناء ونحو ذلك وهذا
حيث لا يصدقه العبد ولا خلاف في هذا الحكم ويؤيده ان ايلام العبد متعلق به وبالمولى فلا
يكفي اقرار المولى في ثبوته كما لا يكفي اقرار العبد ولو اقر عليه بالجناية فالاقرب قبول قوله ويجب المال
ويتعلق برقبته لا في حق العبد لكنه ان اعتق يعتق بالقيمة واذ فرعت على القولين اي لو اقر المولى على
العبد بالجناية فالاقرب قبول قول المولى في حق نفسه فيجب المال على الجناية سواء كانت عمداً او خطاءً
ويتعلق برقبة العبد لا في حق العبد كما لو اتفق موت مورثه ولا وارث سواه وهو ممن ينفك
فانه ينفك بالقيمة لا غير وان اوجبت الجناية انه يدعي القولين اعني القول بان للمولى فك الجاني
خطاء باقل الامرين من القيمة وارش الجناية والقول بانه انما يفكه بارش الجناية وان زاد على القيمة
ويتضح المبحث ان الاقرار بالجناية خطاء وعمداً يتعلق بحق السيد والعبد معاً اما الجناية خطاء
فلانها توجب المال خاصة ويتعلق برقبة العبد الذي هو ملك السيد فيتعلق الاقرار بها بحق
السيد فيما لو اتفق موت مورث العبد في الصورة المذكورة فانه حينئذ ينفك بالقيمة والباقي من
التركة له ولو نفذنا الاقرار بالجناية على العبد لوجب على القول الثاني فكه بالارش وان زاد على
القيمة واما الجناية عمداً فلانها تستقتضي تخير المجني عليه بين الاقتصاص والاسترقاق على ما سيأتي
ان شاء الله تعالى في كتاب الجنايات ولان مطلق الجناية عمداً يجب بها عندنا الكثر احد الامرين

ومقتضى اطلاق عبارة المص هنا
انه يتبع بالجميع والوارى ما تعالى الا
في الحد حيث انتسابه على
التحقيق ودروه بالشبهة

بدين المعاملة

من هذه الحيثية وعلى القول بان
الجاني انما يفتدى بارش
الجناية فان كان اكثر من القيمة
فيتعلق الاقرار بها كالعبد
صح

في القصاص

من القصاص والدية لكن انما تجب الدية عند تعذّر القصاص فيتعلق الاقرار بها بحق المولى ظاهر
وتعلقه بحق العبد من حيث ان فيه الاقتصاص بايلام العبد وسلب جنايته وانفذاذه موقوف على رضا
ولي المجني عليه فحيث نفذ اقرار السيد بالجناية فبحق نفسه لا في حق العبد فان كانت الجناية المقر
بها خطأ فيجب ارش الجناية ان كان بقدر القيمة فما دون والا فالقيمة حتى انه في الصورة المذكورة
لا يجب سواها ولو على القول الثاني وان كانت عمدًا لم يجب الاقتصاص ولم يعتبر رضى ولي
المجني عليه في الفك بالقيمة ولو اتفق موت المورث ووجه القرب اما بالنسبة الى نفوذ الاقرار في حق
المولى فعموم قوله ع اقرار العقلاء على انفسهم جايز فينفذ اقراره في حقه من المالية سواء كانت الجناية
خطأً او عمدًا ويتسلط عليه ولي المجني عليه فان اراد المولى افتداه في الخطأ فداه باقل الامرين
من الارش والقيمة على القول به وعلى الآخر بالارش كاينا ما كان وان اراد افتداه في العمد توقف
على رضى ولي المجني عليه واما بالنسبة الى العبد فلان العبد غير بالنسبة الى المولى فلا يكون اقراره
نافذا في حقه فلا يجب في الخطأ لو مات مورثه سوى القيمة على القولين ولا يثبت القصاص في
العمد ولا يستحق فكاكه في صورة موت مورثه على رضى ولي المجني عليه ولا يجب ما زاد على القيمة على
القولين ايضًا وفي حواشي شيخنا الشهيد ان هذا من خصوصيات الكتاب وكيف كان فهو غاية التحقيق
لكن لو كانت الجناية المقر بها عمدًا تسلّط ولي المجني عليه على استحقاقه لنفوذ الاقرار في حقه اذ هو
حق للسيد فيستحق حينئذ القيمة وان نقص عنها ارش الجناية بخلاف ما لو كانت خطأ فان الاقل
من القيمة على الارش للمولى وقال شيخنا الشهيد في الدروس لو انتفى موت مورثه بعد اقرار
مولاه عليه بالجناية فك بقيمته ويتعلق بها المجني عليه مع الايجاب ولا يتوجه هنا الفك باقل
الامرين لان ذلك وظيفة المولى فان اراد ان ذلك في الجناية خطأ فهو صحيح لان القيمة لا بد
منها فان كانت انقص من الارش فالفاضل للمولى فلا يتصور الفك باقل الامرين الا من المولى لكن لا
بد ان تحمل عبارته على اصل الفك لا على فكه من المجني عليه لان فكه منه انما يكون باقل الامرين
ويكون الفاضل للمولى الا ان اصل الفك بالقيمة لا يختلف فيه العمد والخطأ فقوله اخذًا ولا يتوجه
هنا الفك باقل الامرين كان ينبغي ان يبين فيه لو كانت الجناية خطأ لتكون العبارة شاملة للحكم
التصحيح وان اراد ان ذلك في الجناية عمدًا فليس للمولى هنا الفك باقل الامرين ايضا فلا يستقيم
ما ذكره وذكر في بعض حواشيه كلامًا لا يخلو من شيء وذكره يخرج الى التطويل وما ذكرناه هو
التحقيق ولا يقبل اقراره بالرق لغيره من هو في يده لان اليد تقتضي الملك واقراره

المال يتعلق برقبته ابن الحسام ص

فتخرج العمد ح

وهو المتبادر من سوق عبارته فليس كذلك اذ ليس للمولى هنا الفك اصلا الا بالتراضي م

بكونه

لغيره يقتضي نفي ذلك فيكون اقرارا على الغير فلا يقبل والمراد بقوله تحت يده ان يكون تحت سلطنته
على وجه الملكية كما هو معلوم في العادة ومن تحرره نصفه نفذ نصف اقراره ويتبع بالباقي هذا
اذا اقر بمال او بجناية توجب مالا ولو اقر بجناية توجب قصاصا فاستيفاؤه متعذر فيمكن ان يجب
نصف الدية ويتبع بالباقي ما اقر به في الصورة بعد العتق بناء على الوجه في نفوذ اقراره في حق
نفسه الثالث المقر له شرطان الاول ان قال بسبب الدابة قيل يكون اقرارا للمالك على تقدير الاستيجار
وفيه نظر اذ قد يجب بسببها ما لا يستحقه المالك كارش الجناية على سائقها او راكبها القول الحكي
هو قول الشيخ رحمه الله في المبسوط وتنقيحه ان قول المقر على بسبب الدابة كذا منزل على ان عليه لما
بسبب يقتضي ملكه من استيجارها او ضمان اجرتها بنحو غصب وجناية عليها وما جرى هذا
المجرى ووجه وجوب حمل الاطلاق لاقرار على استحقاق مالكها ان المال الثابت في الذمة بسبب الدابة
جار مجرى نمائها وساير منافعها فيكون للمالك وذكر المصنف ان فيه نظرا لان الاقرار اعم اذ قد يجب بسبب
الدابة شيء لغير المالك كما لو جنت على اجنبي وهي في يد سائقها او راكبها فان الواجب بسببها
ح للمجني عليه الاجنبي لا للمالك فان قيل فكونه للمالك ارجح لان الغالب في التملك بسببها ان يكون للمالك
ولان كونه للمالك مستغن عن تقدير امر زايد وهو وقوع جنايتها في يد على غير المالك والراجح يتعين
المصير اليه قلنا ارجحيته باعتبار الكثرة وتوهمه لا يقتضي رجحته استحقاق المالك اياه على غيره في نظر
الشرع والاقرار محتمل والذي يقتضيه صحيح النظر الاستفسار وقبول ما يفسر به ومع تعذره
فهو اقرار لمجهول ما لو قال لي بسببها لمالكها او قال علي بسببها لزيد فلا كلام في نفوذ الاقرار وهو
المراد بقوله نعم لو قال لمالكها او لزيد علي بسببها لزم ولو اتى بلفظ الاقرار هكذا طولب بالبيان فان
تعذر لموته اقرع ولو قال بسبب حملها لم يلزمه شيء اذ لا يمكن ايجاب شيء بسبب الحمل اي لو قال
لمالك الدابة علي كذا بسبب حملها لغا الاقرار لامتناعه في العادة وللقائل ان يقول ان الضميمة تقتضي
بطلان الاقرار فوجب ان يقع لاغية كما لو قال له كذا من ثمن خمر وفيه قوة فان قيد الكلام لا يتم الا باخره
ومتمماته قلنا نعم لكن ان اقتضت لغاه فحقهما ان يلغى ولو قال لميت صح وانتقل الى ورثته لان
الميت في حكم المالك فيكفي ذلك في صحة الاقرار له ولو قال لا وارث له سوى هذا لزم التسليم اليه
ان كان دينا لانه في الحقيقة قد اقر بوجوب تسليم هذا المقدار من ماله اليه فوجب ان يكون نافذا وقد سبق
في الوكالة ذكر هذه المسئلة في احكام التنازع وفيه لعمري نظر فانه وجب البحث ليثبت الانتقال عنه
اقرار من صاحب اليد بما يقتضي الملكية لان قوله هذا مال الذي للميت ولا وارث له الا هذا يجري مجرى

اطلبه التملك فلو اقر لدابة او لحائط لم يصح صح

لكنا

الاقرار

الاقرار لهذا من اول الامر ومنا نه تدبثت باقراده كمنه للميت فيكون لورثته وقوله لاوارث
الا هذا اقرار على غيره فلا يكون نافذاً بحيث يلزم بالتسليم من الحاكم وطاينه منا لتقيد بالدلم يثبت
اغصابه ملكه فيه وتعريضه للتلف وقوع هذا الوجه وجه المقرب والفرق بين الدين والعين
ظاهر فان الدين لا يتعين بمجرد تعيين المديون ما لم يتقبضه المالك او من يقوم مقامه فاقرار
المديون فيه في الحقيقة اقرار على نفسه وما قبله اتم هو الاصح نعم لو اراد المقر دفع اليمين يمنع
فان ظهر وارث آخر كان له مطالبته ولو اقر للعبد صح وكان للمولى وذلك لان الاقرار له
يقتضي الاعتراف له باليد وذلك ممكن في حق العبد مصحح للاقرار وطالما كانت يده يد السيد كان
الاقرار للسيد وايضا فان المعاملة مع العبد والاضافة اليه في البيع والهبة وسائر الانشاآت
امر واقع وهو كاف في صحة الاقرار قيل الاقرار يقتضي الملك وهو ممتنع في حق العبد قلنا هذا القدر
كاف لصحته بل هو مجاز قلنا لا يضر فانه شايع شهير ولو اقر لحمل فلان وعزاه الى وصية او
ميراث صح للاتفاق على انه تصح الوصية له وانه يرث فان ولدت ذكراً وانثى فهو بينهما على قدر استحقاق
وهذا في الارث اما في الوصية فانهما سواء على ما سيأتي ان شاء الله تعالى ولو عزاه الى سبب ممتنع
كالجناية عليه والمعاملة له فالاقرب اللزوم والغاء المبطل اي لو عزا الاقرار للحمل الى سبب ممتنع وهو
القسم الثاني من اقسام الاقرار للحمل ففي صحة الاقرار والغاء الضميمة وبطلانه وجهان اقربهما الاول
اما صحة الاقرار فلعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز ولان الاصل في كلام المكلف مصون عن اللغو بحسب
الممكن واما الغاء الضميمة فلانها تقتضي ابطال الاقرار وبعضه فيجب ان يحكم بابطالها لسبق الحكم بصحته
ولان الاقتصار على ابطال البعض مع امكانه اولى ولان ذلك جار مجرى له على الف من ثمن
خمر مع ان الضميمة غير مؤثرة في صحة الاقرار هنا قطعا وكذا الاستثناء المستغرق فان
قيل اي فرق بينه وبين قوله له علي الف ان دخلت الدار قلنا يمكن الفرق بان الاقرار هنا اصلا
لانه لم يخبر بكون الالف عنده بل اخبر بثبوتها على التقدير وقد اخبر في صورة النزاع بكون المقر به
عنده ثم وصفه بما يمتنع معه الثبوت فيكون رفعا للاقرار بعد ثبوته فان قيل لم لم تلغ الضميمة
هناك ايضا قلنا الالغاء فرع ثبوت الاقرار في نفسه ولم يثبت هناك للتعليق فان قيل لم يبلغ
الشرط ليتحقق الثبوت قلنا لا دليل على الغائه فان كل ما كان من متممات الكلام يجب بقانون
الوضع وجب الحكم بانه لا يتم الكلام بدونه وما لم يتحقق اقرار تام مشتمل على اخبار لم يعد الباقي
ضميمة منافية يجب الغاؤها بخلاف محل النزاع هذا مع الاجماع على عدم الاقرار مع التعليق وانتفاء

فيها حسب العبارة شيء بعد وتماى النخبة م

صح
هنا ويحتمل ضعيفا البطلان لان الكلام لا يتم الا بآخره وتتمات وجوابه مستفاد مما ذكرنا في الا
الاول ولا يخفى ان موضع الاحتمال ما اذا وصل كلامه بالاضافة الى السبب الممتنع فلو تاخر نما
فالاقرار ماض وجها واحدا   ولو اطلق فالوجه الصحة تنزيلا على المحتمل هذا هو القسم الثالث
من اقسام الاقرار للحمل وهو ان يطلق الاقرار من غير ان يضيف الى سبب قال الشيخ في المبسوط قيل
فيه وجهان أحدهما يصح والآخر لا يصح وقوى الاول ووجه الصحة عموم قوله عم اقرار العقلاء
على انفسهم جائز ولانا قد بينا انه لو عزاه الى سبب ممتنع صح الاقرار والغي المبطل فهنا اولى لامكان
تنزيل الاقرار على السبب الصحيح المحتمل فيجب التنزيل عليه صونا للاقرار عن الفساد وهذا هو المراد
بقوله تنزيلا على المحتمل اي تنزيلا للاطلاق على السبب الصحيح المحتمل فانه ممكن وان كان نادرا ووجه
البطلان ان المال لا يثبت للحمل الا بما يثبت بمعاملة او جناية وذلك منتف في حقه ولانتفاء الحكم بالملك قبل
سقوطه حيا فلا يكون مالا حقيقة والميراث والوصية سببان للملك عند سقوطه حيا وما لم يكن للملك
عين قبل حمل الاطلاق عليهما يحتاج الى دليل وضعفه ظاهر فان هذا القيد لا يقدح في صحة نسبة
المال اليه   ويسوى بين الذكر والانثى بنصفين لان الاصل عدم ما يقتضي التفضيل ولا يخفى انه لا يستقيم
هذا على اطلاقه بل الظاهر مع تعذر الاستفسار بقسم نصفين بينهما بالمساواة عدم ما يقتضي خلافه مع احتمال
الاتفاق الى ان يصطلحا لان الجهل بالسبب المقتضي للملك لا يقتضي الاستواء لامكان كونه الارث
بخلاف الوقف والوصية اذا جهل التفضيل فان نسبة السبب الى جميع المستحقين واحدة   ويملك
الحمل ما اقر له به بعد وجوده حيا لدون ستة اشهر من حين الاقرار المراد بوجوده حيا ولادته كذلك
اذ لا يثبت له ملك قبل ذلك نعم يتبين تملكه عينه في تلك المدة ولا بد من ان يكون وجوده كذلك لدون ستة
اشهر من حين الاقرار ليقطع بوجوده حين صدوره بخلاف ما لو كان لستة فصاعدا فانه يمكن تجدده
بعد الاقرار لان اقل مدة الحمل ستة اشهر   ولو ولدا لاكثر من مدة الحمل بطل المراد الاكثر من
اقصى مدة الحمل ووجه البطلان القطع بانه لم يكن موجودا حين الاقرار   ولو وضع فيما بينهما ولا
زوج ولا مالك حكم له لتحققه حال الاقرار اي فيما بين اقل مدة الحمل والاكثر منها اقصاها فانه ح
يمكن كونه للفراش الاول فحيث انتفى تجدد فراش آخر تعين كونه للاول   ولو كان لها زوج او
مولى ففي الحكم له اشكال ينشأ من عدم اليقين بوجوده ومن صحة الاقرار والعادة اي لو وضع فيما
بينهما ولها والحال ان زوج او مولى ولم يجر للام ذكر لكن دلالتها الزوج والمالك المذكوران سابقا
ولا بد من ان يكون الدخول قد حصل ليكون فيه اشكال ويمضي لوضعه من حين الدخول ستة اشهر

فان امكن تعين لان الاقرار اعم من
الاستقرار والتفاضل فلا يجوز
الاقدام على التسوية مع امكان
ان يكون الاحسان على قدر التفاضل
نعم مع تعذر الاستعلام م

يمكن

ليمكن اللحاق والا لم يكن في صحة الاقرار اشكال وحينئذ ففي صحة الاقرار اشكال لينشأ من عدم التيقن
بوجوده حين الاقرار ووجود المقر له شرط الصحة فلا بد من تحققه ولان الولد لاحق بالثاني
كما سيأتي ان شاء الله تع فكيف يحكم بوجوده حين الاقرار ومنه لا مساغ في الاقرار الصحة وفي وجوده
حين صدور الاقرار ممكن فلا يحكم ببطلان الاقرار بمجرد الاحتمال ولقضاء العادة ببقاء الحمل
تسعة اشهر والاول اقوى واعلم ان اطلاق ثبوت الاشكال مع وجود الزوج والمولى في
العبارة يحتاج الى التقييد بالدخول ومضي تسعة اشهر للوضع من حينه وقوله وللعادة
انما يستقيم التعليل به اذا كان الوضع لدون تسعة اشهر من حين الاقرار والمسئلة شاملة لما فوق
التسعة الى اقصى مدة الحمل ولو سقط ميتاً فان عزاه الى الارث او وصيه عاد الى مورث الطفل
والموصي اي لو سقط الحمل المقر له ميتاً فان كان المقر قد عزا الاقرار الى الارث او الوصية عاد
الى المورث والموصي فيرثه وارث غيره من اولاده وان لم يكن وارث الا الحمل فيضمن ومورثه هو الذي
استحق الارث منه وان اطلق كلف السبب وعمل بقوله اما وجه تكليف السبب فلان العلم بالمستحق
ذلك موقوف على بيانه لانه ان كان وصية فالمستحق وارث الموصي وان كان ارثاً فالمستحق وارث
مورثه ويتغايرهما الكثير وانما لم يعتبر المقر فيما سبق تكليف السبب اذا اطلق الاقرار لعدم توقف
الاقرار عليه وانتفاء تعذر العلم بالمصرف بدونه بخلاف ما هنا واما وجه العمل بقوله فلان المرجع
في اصل الاقرار اليه فكذا فيما يترتب عليه ولانه لا طريق الى العلم بالحال الا من قوله وان الاصل في اخباره
الصحة ولا معارض واعلم ان الذي يتولى تكليفه بيان السبب هو الحاكم ليصل الحق الى مستحقه
فان تعذر التفسير بموته او غيره بطل الاقرار وذلك لانتفاء المقر له فهو كما لو اقر لواحد من
خلق الله تع ولا مجال للقرعة هنا اذ ليس من يقرع بينهم ولو ولدت اثنين احدهما ميت فالمال
للآخر لان الميت بمنزلة من لم يكن ولو اقر لمسجد او مشهد او مقبرة او مصنع او طريق وعزاه
الى سبب صحيح مثل ان يقول من غلة وقفه صح اي وجهاً واحداً كما سبق في الحمل وان اطلق او عزاه
الى سبب باطل فالوجهان اي فالوجهان السابقان في نظيرهما من الاقرار للحمل يأتيان هنا
وقد سبق ان الوجه تنزيل الاطلاق على الامر الصحيح المحتمل وان الاقرب لزوم الاقرار والغاء الضميمة
فيما اذا عزاه الى سبب ممتنع فيكون مثل ذلك هنا ولو قال هذه الدار لزيد فكذبه لم يسلم
اليه اي لم يسلم الى زيد لتكذيبه الدافع و الوجه في ذلك بيان ان ذلك رجوع الى التصديق فيحتمل انها
استحقها فيجب تسليمها اليه وفي خلالها لاتحاد ولان قد انها ماله بزعم المقر فلا التسليم على مقتضى اقراره

كمن اقر لرجل لا يعرفه م

ويمكن ان يكون المراد لم عن التسليم اليه لانتفاء المترتبة عنه تكذيبه فكيف يجوز
تسليم ما ليس له اليه ويمكن ان ذلك على ان المقر هل هو مواخذ باقراره هذا ام لا فعلى الاول يبنى م
يجوز له التسليم اذ هو بالنسبة اليه مال المقر له وعلى الثاني لا يجوز نعم ليس له الالزام بذلك خلافا
لبعض الشافعية ثم اما ان يترك في يد المقر او القاضي ظاهر هذه العبارة تخيير القاضي
بين الامرين وهو الذي صرح به في التذكرة والذي فهمه الشارح الفاضل ان ذلك تردد بين
القولين ووجه الاول ان الاصل في يد المسلم ان لا يكون يد عدوان وربما كانت يد استحقاق فلا يجوز
الانتزاع من يده لان ذلك فرع كونها بغير استحقاق وهو خلاف الاصل وفيه نظر لان الاستحقاق
خلاف الاصل كما ان العدوان خلاف الاصل لتوقف كل منهما على سبب يقتضيه والاصل عدمه
مع اصالة برائة الذمة المقتضي لعدم العدوان واليد الشرعية اعم من استحقاقها الادامة وعدمه
لامكان حصول المقر به في يد المقر بوجه شرعي كالتخليص من يد ظالم واطارة الريح الثوب الى داره
ومثل هذا لا يقتضي الابقاء في يده والاصل عدم ما يقتضي مرادا به ووجه الثاني ان القاضي هو
ولي الغايب والمتولي لحفظ اموال الغايب والمجهول المالك وهذا في حكم الضايع والمجهول المالك فيتسلمه الضايع ح
ويسلمه الى امين والقاضي مخيرا في التذكرة لا يخرج عن الثاني لان تخييره بين الامرين يقتضي
جواز الانتزاع وهو خلاف الاول وكيف كان فالثاني اصح ولا ريب انه لو ذكر ابقاءه في يد المقر
صلاحا ابقاه في يده وقد صرح الاصحاب هنا بانه يبقى في يد المقر انما قبلنا رجوعه لاصالة بقاء يده ولا
مكان ان يدعيها فيثبت له وفيه نظر اذ الاصل يرجع اليه في ادامة يده كما بيناه وامكان دعوى ملكيتها
بعد ذلك وقبولها منه لا يقتضي استحقاقا لادامة الآن اذ لا تلازم بينهما فان لم نقل به ففي
انتزاعها منه وجهان وقد عرفت ما يكفي في مجيء الوجهين على كل تقدير قبول الرجوع وعدمه فان
رجع المقر له عن الانكار سلم اليه وان رجع المقر في حال الانكار فالاقرب عدم القبول لانه اثبت
الحق لغيره بخلاف المقر له فانه اقتصر على الانكار اذا رجع المقر له عن الانكار وتكذيب الاقرار سلم اليه
المقر به لاستحقاقه اياه وذلك لان حكم الانكار بالتصديق مبني لاقرار سليما عن المعارض
ولانه مال لا يدعيه غيره وصاحب اليد معترف انه له ولو رجع المقر عن اقراره في حال الانكار
المقر له فاقر بها لآخر او ادعى ملكيتها فالاقرب عدم القبول لان اقراره الاول مضى عليه وحكم
عليه به فانقطعت سلطنته عن المقر به فان اقرار العقلاء على انفسهم جائز والمشروط بعدم
التكذيب انما هو نفوذ الاقرار في حق المقر له بحيث يجب عليه تسلم المقر به لان ذلك شرط صحة

الاقرار في نفسه اذ لا دليل عليه ويحتمل القبول لانه مال لا يدعيه احد ولا دليل عليه لغيره فيجب ان يقبل اقراره
فيه ودعواه ملكيته ولانه لما حصر ملكيته في زيد وقد انتفى عنه بنفيه جرى مجرى المباح وليس بشيء
لما قلنا من الحكم بصحة الاقرار السابق في حقه وهذا انما هو اذا قلنا بعدم جواز انتزاعه من يده فان
جوزناه لم يقبل رجوعه قطعا اذ لا يد له عليه وبه صرح في التذكرة وقول المص لانه اثبت الحق لغيره الخ
اشارة الى وجه الفرق بين رجوع المقر له ورجوع المقر فيناسب ان يكون جوابا عن سوال مقدر
وتحقيقه ان المقر اثبت الحق لغيره باقراره فانقطع سلطنته واثبتها للغير فلم يقبل منه ما ينافي ذلك
لان الانكار بعد الاقرار غير مسموع ولانه اخرج الملك عن نفسه بالاقرار فلا يعود اليه بمجرد الدعوى
وبصيرورة الحق لغيره يكون رجوعه عنه اليه اقرارا في حق الغير بخلاف المقر له فانه اقتصر على
الانكار وهو لا يدل على كون الملك لغيره بشيء من الدلالات الثلث ولانه ربما بنى على ظاهر الحال
عنده لامكان ان لا يعلم سبب حدوث الملك له ونحو ذلك فانكاره قابل للتاويل ولانه رجوعه منضم
للاعتراف بدعوى وجب التسليم ما لاقرار بالدعوى بعد الانكار مسموع ولو اقر العبد
بنكاح او تعزير قذف فكذبه السيد لم يترتب اللزوم بخلاف ما لو كذب العبد اذ لا حق للسيد
هنا اي لو اقر مقر لعبد بنكاح او تعزير قذف فكذبه السيد لم يترتب اللزوم وينفذ الاقرار
في حق المقر ولا يتوقف ذلك على تصديق السيد ووجه القرب عموم قولهم اقرار العقلاء على
انفسهم جائز ولا حق للسيد في المقر به اما النكاح فانه وان توقفت صحته على رضى السيد الا انه
اذا ثبت حق محض للعبد لا حق للسيد فيه ويمكن ان يريد بثبوته في حق السيد بحيث يحكم به بالنسبة
الى العبد بل نريد نفوذه في حق المقر فلا يجوز للمراة المعترفة به ان تتزوج بغيره واما التعزير للقذف
فظاهر اذ لا تعلق للسيد بذلك ويحتمل عدم النفوذ مع تكذيب السيد لاطلاق قولهم الاقرار للعبد
اقرار للسيد وليس بشيء فان ذلك انما يعقل فيما يتصور كونه للسيد ثم ان المقر مواخذ باقراره
صدق المقر له او كذب نعم استيفاء التعزير موقوف على تصديق العبد ومطالبته والمراد من
قوله اذ لا حق للسيد هنا تعليل للامرين معا اعني قوله فلا يترتب اللزوم فان المراد انه لا يلزم بتصديق
السيد وقوله بخلاف ما لو كذب العبد فان معناه انه لا يلزم لكن قد علمت ان نفوذ اقرار المراة
بزوجية العبد عبارة عن عدم جواز تزوجها بغيره وهذا لا يتفاوت فيه بتصديقه وتكذيبه فلا الحال م
يستقيم قوله بخلاف ما لو كذب العبد على اطلاقه ولو انكر العبد اقراره بجبرئيل بعتق وليس بجيد
بل يبقى على الرقية المجهولة المالك ويحتمل الحرية ان ادعاها العبد فتسبق حكم ما اذا كان المقر

مالا يكون له عبارة ولا يتصور منه تصديق ولا تكذيب وهذا حكم ماله ذلك فاذا اقر لزيد بعبد
تحت يده ولا يتم ذلك الا اذا كانت للمقر له سلطنة شرعية على انسان تقتضي سلطنة الملك بحيث
يكون مملوكا بمقتضى ظاهر الحال اذ لو لم يكن الامر كذلك لم ينفذ اقرار المقر وان صدقه المقر
له بل لا يعد ذلك اقرارا وحينئذ فلو انكر المقر له ذلك فيه نظر ويحتمل بقاؤه للعبد والقايل بذلك الشيخ
وابن البراج ووجهه ان صاحب اليد قد نفى ملكيته عنه باقراره به لغيره ويلزم منه انتفاء
ملكيته عن كل من عدا المقر له والمقر له قد انكر ملكه فيكون الاحرار اذ لا مالك له وفيه نظر لانه لا يلزم من
نفي المالك ظاهرا انتفاؤه بحسب الواقع والفرض ان رقية العبد امر محقق كما قررناه فلا يتم ذلك
وايضا فانه لا علقة للمقر على العبد لاقراره به للمعين ولا لمن عدا المعين لاقتضاء حصر الملك فيه
نفيه عن غيره ولاصالة عدم مالك آخر ولا للمعين لانكاره ملكيته والجمع بين انتفاء العلقة
وثبوت الرقية محال وفيه ايضا نظر لان نفي العلقة انما يتحقق ظاهرا لا بحسب الواقع لثبوت الرقية
قبل ذلك وثبوت العلقة تابع لثبوتها ونفي العلقة ظاهرا يجتمع مع الرقية بحسب الواقع فان
قيل انتفاء العلقة ظاهرا يقتضي انتفاء الرقية ظاهرا ولا نعني بالحرية الا ذلك اذ لا نريد الا
الحرية ظاهرا قلنا تحقيق المقام ان المنتفي ظاهرا هو علقة شخص معين اما مطلق العلقة فانها غير
منتفية لانا او فرضنا ان الرقية كانت محققة الثبوت حين الاقرار والعلقة تابعة لها فاذا انتفا
المقر عن نفسه وعن غير المقر له ونفاها المقر له عن نفسه لم يلزم انتفاؤها بالكلية بعد تحقق ثبوتها
كما ان انتفاء كل من المقر من غير العبد باقراره والمقر له بتكذيبه لا يقتضي نفي اصل الملك والحاقه
بالمباحات وايضا فان الحرية اصل في الآدمي والرقية بالعارض ولم تثبت الرقية هنا فغلب
الاصل وفيه ايضا نظر فان الفرض ثبوتها والانتقال عن حكم الاصل وقيل كلام الشيخ وحكم ببقاء
العبد على الرقية المجهولة المالك كغيره من الاموال وهو الاصح لان الرقية قد ثبتت شرعا فلا تزول
الا باحد الاسباب المقتضية للتحرير وليس الجهل بالمالك للعبد منها واحتمل المص ثبوت الحرية في
العبد ان ادعاها لانه مدع لا منازعه ولا منازع ولا سلطنة لاحد عليه وليس بشيء لانه يجب على الحاكم
ان ينازعه ويدافعه ويثبت اليد عليه ويصونه عن الضياع كساير الاموال المجهولة المالك لما قررناه
من ثبوت رقيته وتحققها ظاهرا وهو اما مال او نسب او حق كالقصاص والخيار والشفعة
والاولوية وما جرى هذا المجرى ولا يشترط في المال العلم فيقبل بالمجهول ثم يطالب بالبيان
اي لا يشترط في المال المقر به ان يكون معلوما فيصح الاقرار بالمجهول لان الاقرار عن حق سابق

في عواه م

والجز

والجزءيقع عن الشيء على جهة الاجمال كما يقع على جهة التفصيل وربما كان في ذمة الانسان
ما لا يعلم قدره فلا بد له من الاخبار عنه ليتفق هو وصاحبه على الصلح عنه بشيء فدعت الحاجة
الى سماع الاقرار بالمجهول بخلاف الانشاآت فان الغالب فيها لا يحتمل الجهالة احتياطا لابتداء
الثبوت وتحرزا من الغرر وحينئذ يطالب المقر بالمجهول بالبيان والتفسير فان امتنع ففي التذكرة
ان الاقرب انه يحبس حتى يبين لان البيان واجب عليه فاذا امتنع منه حبس كما يحبس على اداء
الحق ومقتضاه انه لو ادعى الجهالة بنسيان ونحوه لا تسمع وقال في التحرير ولو قال نسيت احتمل
الرجوع الى المدعي مع اليمين ولا فرق في صحة الاقرار بالمجهول بين ان يقع في جواب الدعوى
او ابتداء ولا ان تكون ملكا للمقر بل لو كان بطل اي لا يشترط لصحة الاقرار ان يكون المقر به
ملكا للمقر حين يقر بل الشرط في الاقرار بالاعيان ان لا تكون مملوكة للمقر حين اقراره لان الاقرار لا
يزيل الملك عن صاحبه وانما هو اخبار عن كونه مملوكا للمقر له حين اقراره والخبر حكاية عن المخبر به
فيتاخر عنه فلا بد ان يكون الملك للمقر له في نظر المقر حين تتحقق المطابقة بين اقراره وما في نفس الامر
هكذا اطلقوا القول وينبغي ان يقال ان عدم ملك المقر في نفس الامر شرط لصحة الاخبار ليقع المطابقة
بين المخبر عنه واما بحسب الظاهر فلا بد ان يكون له سلطنة تقتضي في الظاهر كونه مالكا لان
الاقرار يختص بما هو مملوك لغيره ظاهرا لا اعتداد به قطعا والى هذا يرشد تفريع قوله فلو قال داري
لفلان او ملكي او مالي لعمرو او عبدي وثوبي بطل للتناقض نظرا الى شرط صحة الاقرار وان كان هو انتفاء
المقر بحسب الواقع الا ان شرط صحته ايضا كونه مالكا بحسب الظاهر على ما سياتي تحقيقه ان شاء
الله تع فاذا قال داري لفلان لم يمتنع ان يكون المراد به الدار التي هي بحسب الظاهر لي ملك
لفلان في نفس الامر وليس في ذلك تناقض ولا تنافي الا ان يقال ان المتبادر من قوله داري الدار التي
هي لي بحسب الواقع وهذا اظهر في قوله ملكي لفلان ولا يفرق ذلك لانه كونه متبادرا فشيوع الاخر في
الاستعمال امر واضح واعلم ان الشيخ رحمه الله قال اذا قال له في ميراثي من ابي الف درهم كان هبة
لا اقرارا لانه اضافه الى نفسه ومتبعه ابن ادريس وكذا لو قال داري هذه لفلان لم يكن اقرارا
قال ابن ادريس لانه يكون مناقضة وكيف يكون داره لفلان في حال ما هي له فالاولى لو قال في ذلك
بامر حق واجب كان اقرارا صحيحا لانه يجوز ان يكون له حق وجعل داره في مقابلة ذلك الحق وذهب
المص في المختلف الى التسوية بينهما وصحة الاقرار فيهما لان الاضافة الى الشيء يكفي فيها ادنى ملابسة
كقوله تع لا تخرجوهن من بيوتهن فيصح بدل اللام الى عين فيحمل على الثاني لوجود القرينة الصارفة

ملك م

الاسلام م

[illegible]

لفظاً عن صرمجامله الى عين ولا يحكم ببطلان الثاني المصرح به للاحتمال في الاول هذا محصل
كلام المختلف ولا يعيب ان الاضافة بادنى ملابسة مجاز الا انه لا يضر ذلك لانه استعمال شايع مشهور
والشافعي لذي فرعنه الشيخ وابن ادريس في العرض لا يندفع بقوله بامر حق واجب ولو شهد
الشاهد بانه اقر له بدار كانت ملكاً للمقر الى ان اقر والشهادة باطلة لما سبق من ان الاقرار لا يزيل
الملك فيشترط لصحته كونه غير مملوك للمقر ولو قال هذه الدار لفلان وكانت ملكي الى وقت الاقرار
لم تسمع الضميمة وصح اقراره وذلك لان الضميمة تقتضي بطلان الاقرار فيلغو كما لو قال له
علي الف من ثمن خمر نعم يشترط ان يكون المقر به تحت يده وتصرفه فلو قال الدار التي في يدي
او تحت تصرفي لزيد لزم هذا استدراك لما عسى ان يشعر به قوله السابق ولا ان يكون ملكاً للمقر فانه
ربما اوهم اشتراط انتفاء ما يقتضي الملك ظاهراً وليس كذلك اذ لا ينفذ الاقرار الا مع وجود ما
يقتضي ذلك ولا يكون اقراراً على الغير ولا يخفى انه لا بد من قوله يشترط ان يكون المقر به تحت يده
وتصرفه ان يراد باليد والتصرف ما يقتضي الملك ظاهراً لما قلناه من لزوم كون الاقرار على الغير فان
اليد اذا كانت عارية او اجارة ونحو ذلك يكون فرعاً على يد الغير فاذا علم لم يعتد باقرار ذي اليد حينئذ
وان جهل كان اقرار ذي اليد نافذاً بالنسبة الى تعيينه لان الاصل كون الملك للغير معلوم بدون الاقرار
اذا تقرر ذلك فقوله الدار التي في يدي لفلان لازم ونافذ لان كونه في يده شرط صحة الاقرار كما عرفت
فالتصريح به يكون مؤكداً لصحته ولو قال له في ميراث ابي او في ميراثي من ابي مائة صح وكان اقراراً بدين
على التركة لقائل ان يقول ان الشافعي المنع بعينه في قوله داري لفلان لازم هنا لان ما كان ميراثاً
لابي المقر فهو ملك له او على حكم مال الميت مع الدين وعلى كل تقدير فليس ملكاً للمدين وقد اقتضى الاقرار
كونه ملكاً له فان قيل المراد بقوله في ميراث ابي استحقاق ذلك قلنا هو خلاف الظاهر فانه خلاف الوضع
اللغوي والتصرف في الاستعمال العرفي واذا جاز ارتكاب مثل هذا هنا فيما سبق اولى ولو قال
في ميراثي من ابي او ميراثي من ابي لم يكن اقراراً بعد ملاحظة ما قلناه لا يظهر فرق بين المسئلتين و
تقوى صحة الاقرار فيهما ويصح لو قال له من هذه الدار نصفها او من داري او من مالي الف وجهه ما سبق
من لزوم التناقض فيما قدمناه بل يمكن ان نجعله دليلاً في العدول عن الظاهر في قوله داري
وملكي فصحة الاقرار صالحة للدلالة على ذلك ايضاً وان كانت مع هذا القول اكد واذا قال له
في هذه الدار مائة صح وطولب بالبيان فان انكر المقر له تفسيره صدق مع اليمين لما كانت المائة
غير جزء للدار كان استحقاق مائة في الدار محتملاً وجوهاً فهو اقرار مجهول فيطالب المقر بتفسير

وان كان دون الاول او مجهولاً ما يملك علاه عدم الوقف ...
ولو قال له في ذلك كله ... ولو ...
... مع ان ... الاول ...
... للشافعي بعد ...
... صح

فانا فتى

فاذا اشتراه بشيء يحجزه قيمته مائة على سبيل الشركة او استحقاق مائة في قيمتها المتعلق الدين بها او نحو
ذلك قبل تفسيره لانه اقر بالاذن ولاصالة براءة ذمته عما سوى ذلك فان انكر المقر له التفسير فالقول
قول المقر بيمينه لما قلناه ولو اقر بحرية عبد في يد غيره لم يقبل فان اشتراه صح تعويلا على قول
صاحب اليد ولا اقراره فداء في طرفه بيع في طرف البايع فلا يثبت خيار المجلس والشرط والحيوان
بالنسبة الى المشتري كما لا يثبت في بيع من ينعتق على المشتري ولا يثبت للبايع ولاء ولا للمشتري
فاذا مات العبد اخذ المشتري من تركته الثمن والفاضل يكون موقوفا لما بيناه بشرط صحة الاقرار
ان يكون المقر به تحت يد المقر او ديان انه اذا لم يكن تحت يده لا يصح الاقرار ومبنيا ان المراد عدم
نفوذ اثره في الحال وينفذ كلامه انه لو اقر من لا يد له على عبد ما ناهو في يد غيره بحريته لم يقبل و
المراد انه لا يقبل الآن بالنسبة الى من بيده العبد اما بالنسبة الى المقر فانه مقبول حتى لو انتقل اليه ظاهرا هذا
بسبب مملك كالبيع والارث فانه يواخذ باقراره وينفذ في حقه ولا يصح له استخدام العبد بمجرد
ان من هو في يده يحوز عاريه او اجاره ما لم يكن ذلك برضا العبد [illegible] بمنع منافعه وكسبه الى
صاحب اليد ولم يعتقد على [illegible] للمقر برضاه وان [illegible] صاحب اليد لم يكن له [illegible] العين وليس له
ان يعتمد على [illegible] عقد هذا العبد على ما يعترف صاحب اليد لغيره ذلك من احكام الكثيرة والسبب فيه
الاول
عموم مواخذه المقر باقراره بالنسبة الى نفسه ثم هنا الكلام [illegible] اذا اشترى [illegible] العبد صح الشراء تعويلا
على قول صاحب اليد انه ملكه والظاهر [illegible] حيث ان [illegible] لم ينفذ وقيل انه
افتداء لا شراء صحيح لان صحة العقد لا تكون الا بالايجاب والقبول [illegible] ومعلوم ان القبول غير
صحيح لاعتراف المشتري بالحرية ولا ريب عندنا انه فداء من طرف المشتري واستنقاذ معاملة
له باقراره وبيع من طرف البايع عملا بظاهر الحال من كونه مالكا وعدم نفوذ الاقرار بالنسبة اليه
ويتفرع على ذلك عدم ثبوت خيار المجلس للمشتري وكذا خيار الشرط من طرفه بل لا يعقل اشتراط
الخيار وكذا خيار الحيوان والرد بالعيب والغبن والرؤية ولا يصح منه الاقالة ولا تقبل
منه دعوى فساد العقد ما لم يثبت بحجة شرعية لانه من حين الحكم بثبوت الملك للمشتري ظاهرا
يحكم بعتقه بالاقرار السابق فلا يعقل تسلطه على الرد والفسخ مواخذة له باقراره لكن يصح
مطالبته بالارش لو ظهر معيبا لانه بزعمه يستحق جميع الثمن وبزعم البايع يستحق قدر الارش فلا
يسقط حقه منها لمطالبته به اما البايع فيثبت بالنسبة اليه كلما كان من توابع البيع كخيار المجلس والشرط
والحيوان ان عممناه وخيار الغبن والرؤية وعيب الثمن المعين وكونه من غير الجنس وتلفه قبل القبض

تقضاء الحق الملك الثابت ظاهراً ولا استبعاد في ان يخلو البيع من خيار المجلس والحيوان بالنسبة الى
المشتري اذ قد يخلو منهما بالنسبة الى كل من المتبايعين كما لو اشترى من ينعتق عليه ب لا ولاء على هذا
العتق لاحد ظاهراً اما المشتري فلانه غير المباشر للعتق واما البايع فلانه ينفي العتق عنه نعم
ان كان المشتري اجنبياً ان البايع اعتقه نفذ ذلك بالنسبة اليه فعلى هذا يكون عاقلته الامام وينبغي ان
يكون ارثه له وقول المص والفاضل يكون موقوفاً قد بيناه في ذلك ولعله اراد ان البايع لو رجع الى التصديق
استحقه وهو محتمل ج لا ريب ان الثمن المدفوع الى البايع لا يملكه في نفس الامر ان كان المشتري صادقاً
فان قدر على اخذه بسرقة ونحوها كان له ذلك ومع تلف العين فبدلها لانه لم يسلطه على اتلافه وانما دفعه
توصلاً الى دفع منكر فلا يعد متبرعاً فلو لم يظفر بالثمن الى ان مات العبد نظر فان كان العتق الذي اقر به المشتري
يقتضي ولاء للبايع اخذ المشتري قدر الثمن من تركة العبد لانه ان كان صادقاً فهو مستحق لقدر الثمن على
البايع وان كان كاذباً فالجميع له فقدر الثمن مستحق له على كل تقدير وان لم يكن العتق المقر به مقتضياً لولاء
للبايع فحال التركة ما سبق ويتوقع المشتري لعزمه في اخذ عوضه ومما قررناه يعلم ان اطلاق العبارة
اخذ المشتري الثمن من تركته غير جيد د لو مات العبد قبل القبض لم يكن للبايع المطالبة بالثمن قطعاً
ان لم يكن قبضه وللمشتري المطالبة برفع القبض قطعاً

الفصل الثاني في الاقارير المجهولة

اذا قال له علي شيء الزم البيان ويقبل
تفسيره وان قل اذا فسره بما يتمول في العادة قليلاً كان او كثيراً بدليل ما بعده ووجه القبول اصالة
براءة الذمة مما زاد   ولو فسره بما لم يجر في العادة تملكه كقشر جوزة او حبة حنطة او بما لا يملك في شرع
الاسلام مع اسلامه كالخمر والخنزير وجلد الميتة او الكلب العقور والسرجين النجس وان انتفع بها
او برد السلام او بالعيادة لم يقبل اذا فسر المبهم في قوله له علي شيء بما لم يجر العادة بتملكه وهو ما لا يعد
ملكاً في العادة ولا مالاً لقلته مع كونه من جنس ما يتمول كحبة حنطة وقشر جوزة ونحو ذلك ففي قبوله
وجهان احدهما واختاره في التذكرة القبول لانه شيء يحرم اخذه ويجب على من اخذه رده والمالك رفعة ممنوعة
والصحيح ما اختاره هنا عدم القبول لان اللام يفيد الملك والمقر به لا يعد ملكاً في العادة بحيث يحمل
عليه اطلاق اللفظ ولو فسره بما لا يملك في شرع الاسلام مع اسلام المقر له سواء كان المقر مسلماً ام لا
كالخمر والخنزير وجلد الميتة والكلب العقور وهو ما عدا الكلاب التي يصح بيعها والسرجين النجس
لم يقبل تفسيره لاقتضاء الصيغة الملك وهو منتف في جميع ذلك وصرح في التحرير بانه يقبل تفسيره
منه لكافر مثله ويفهم من قوله مع اسلامه انه لو كان المقر له كافراً صح التفسير بما يملكه الكافر كالخمر
والخنزير ولا اثر للانتفاع بالكلب العقور والسرجين النجس فان احدهما لا يعد ملكاً ولهذا لا يفهم من

قوله

قوله او بالكلب العقور والسرجين النجس فيقبل التفسير بالكلب المعلم والسرجين الطاهر ووجهه ان
كلا منهما مال لانه يصح بيعه ومقابلته بالمال وسياتي في كلامه التصريح بقبول التفسير بالكلب المعلم
ان شاء الله تعالى ولو فسره برد السلام او العيادة او جواب الكتاب او تشميت عطسة ونحو ذلك لم قرار م
يقبل لبعده عن الفهم في معرض الاقرار ولان امثال ذلك يسقط بالفوات ولا يثبت في الذمة والا
تقتضي ثبوت المقر به في الذمة واحتمل في التذكرة القبول اذا اراد ان له حقا على رد السلام اذا سلم و تشميته
اذا عطس لما روي في الخبر على المسلم ثلاثون حقا برد سلامه وتشميت عطسته ويجيب دعوته وفيه نظر لان
اطلاق قوله له علي شيء يقتضي الملك ولا يعد شيء من ذلك ملكا في العادة ليصح التفسير به وصرح
فيها بانه لو قال له علي حق قبل التفسير بالعيادة ونحوها واستشكل بان الحق اخص فكيف يفسر بما لا يفسر به
الاعم ولو قال غصبته شيئا وفسره بالخمر والخنزير قبل مع كون المقر له ومع الاسلام اشكال اما مع
كفر المقر له فان ذلك يعد مالا بالنسبة اليه واما مع اسلامه فالاشكال ومنشاؤه الاختلاف في
تفسير الغصب فقيل انه الاستيلاء على مال الغير عدوانا وعلى هذا لا يصح التفسير بما ذكر لان
المقر به لا يعد مالا فلا يغصب وقيل انه استيلاء محرم على ما في يد غيره يستحق الابقاء عليه ظاهرا
فعلى هذا يصح كذا نقله الشارح الفاضل ولم تقم الاختلاف في تفسير الغصب والمعروف في المذهب
هو الاول فلا يقبل وعلى هذا فلا يخفى ان الاشكال انما هو في التفسير بالخمر المحترمة اما الخنزير فلا اشكال
في عدم قبول التفسير به وفي التذكرة انه لو قال غصبته شيئا ثم فسره بالخمر والخنزير مما لا يعد مالا قبل لان
الغصب لا يقتضي الا الاخذ قهرا وليس في لفظه ما يشعر بالتزام وثبوت حق بخلاف قوله علي
وبه قال الشافعي قال ويحتمل قبوله ان كان المقر له ذميا وان كان مسلما فاشكال وهذا مخالف لما ذكره
الشارح الفاضل وكيف كان فالظاهر عدم القبول بالنسبة الى المسلم ولو قال له رددت نفسه لم يقبل
لانه جعل له مفعولين الثاني منهما شيئا فيجب مغايرته للاول قيل لم لا يجوز ان يكون شيئا بدلا من
الضمير وجوابه ان شرط ابدال النكرة من المعرفة ان يكون منعوتة وهو منتف هنا ولان الاصل
في السابق ان يكون مقصودا بالنسبة وعلله في الدروس بعدم صحة التفسير بنفسه لان الغصب حقيقة
في اخذ المال قال ولو كان عبدا لم يقبل لاقتضاء مفعولي الفعل هنا المغايرة اما لو قال غصبته
ثم قال اردت نفسه قبل وكذا لو قال غبنته لان الانسان قد يغصب ويغبن في غير المال قيل هذا
التعليل مناف لما سبق من الاشكال الناشئ من الاختلاف في تفسير الغصب ويجاب بان الذي
حكيناه عن التذكرة في توجيه الاشكال يقتضي عدم المنافاة لان منشأ الاشكال حينئذ ليس هو

اعلم ان منشأ الاشكال على الغصب [illegible]
مع الغصب [illegible]
[illegible]
[illegible]
عا العرف
[illegible]

الاختلاف في تعريف الغصب فان تملكه نه وان لم ينافي لاشتمال المذكور على ما ذكر فانه مما يحتمل
لتفسير الغصب قلنا انما يجب حمل الغصب على المال اذا اقتضاه الكلام ولم يحتج الى تقدير شي وليس
كذلك هنا فان غصبته انما يكون محمولا على المال ان كان فيه محذوف فوجب حمل الغصب على ما لا يحتاج
لانه اولى من الاضمار فانهما وان كانا متساويين لان الاصل براءة الذمة والغضب ليس من لوازم المال
روي ان من استوى يوماه فهو مغبون وقول المتن وكذا لو قال غبنته معناه قال ذلك وفسره بغبنه اياه في
نفسه قوله ولو قال له عندي شي لم يقبل بهما لان افادة اللام الملك اذ لا يقبل بالخمر والخنزير ويمكن
ان يقال لم يقبل بغصب نفسه او لحبه فيما ليس بمال الا ان الاول اربط وان كان مرجحا بعيدا وقد علم غيبه م
ان المتن في التذكرة قال لو قال له عندي شي قبل تفسيره بالخمر والخنزير على اشكال لان شي مما عنده
ومن اقتضاء اللام الملك والاصح اعتباره هنا ولو امتنع من التفسير حبس حتى يبين وقيل يجعل
ناكلا فيحلف المدعي القول للشيخ رحمه الله وابن ادريس وتنقيحه انه اذا اقر بالمجهول وامتنع من تفسيره
نظر فان كان ذلك في جواب دعوى فيجعل ذلك انكارا منه وتعرض اليمين عليه فان اصر جعل ناكلا وحلف
المدعي وان اقر ابتداء قلنا للمقر له ادع عليه حقك فان اصر جعلناه ناكلا ووجهه انه اذا امكن تحصيل
الغرض من غير حبس لا يحبس ويشكل بان الرد انما يكون مع عدم الاقرار والاصح انه يحبس لان
البيان واجب عليه فاذا امتنع منه يحبس على الامتناع من اداء الحق ولو فسره بجلد ميتة او خنزير حبس م
قبل لانه مال يتمول به كما سبق وكذا لو فسره بحد قذف او بشفعه اي يقبل تفسيره لان الاخيرين
حق مملوك وهذا الحكم صرح في التذكرة والتحرير ويشكل بان اللام تقتضي الملك وذلك لا يعد ملكا
في العادة ولما كان حق الشفعة اقرب لانه كونه وسيلة قريبة الى الملك فحكم الملك ومثله حق التحجير دان ر
ولو فسره بحق السكنى في المدرسة بيت في م ونحو ذلك في القبول نظر ولو فسره بدرهم فقال المدعي بل اردت
بقولك عشرة لم يقبل دعوى الارادة بل عليه ان يدعي نفس العشرة والقول قول المقر في عدم الارادة فان علم
الذهن المتبادر من قوله لم تقبل دعوى الارادة انه هذه الدعوى لا تسمع وقوله والقول قول المقر
في عدم الارادة يشعر بكونها مسموعة ويترتب عليها اليمين وبه صرح في التذكرة قال ايضا وان قال يحلف
المقر له انه اراد الثاني حلفنا المقر على انه ما اراد بالثاني وانه ليس عليه الا مائة ويجمع بينهما في يمين واحدة
فان نكل المقر حلف المقر له على استحقاق المائتين ولا يحلف على الارادة لعدم امكان الاطلاع عليها
بخلاف ما اذا مات المقر وفسر الوارث فادعى المقر له زيادة فان الوارث يحلف على ارادة المورث لانه المورث في فسر م
قد يطلع من حال مورثه على ما لا يطلع عليه غيره هذا كلامه ولقائل ان يقول انه لم يمكن اطلاعه على الارادة زادة

فليعجز

فكيف يكون للتعويل بها على وجه الجزم نعم لنا ريان له ان يستحلفه على انه ما اراد ذلك وانما يثبت بالدعوى
على صورة الجزم اما العدم اشتراط الجزم ههنا مطلقا او فيما يخفى غالبا امكن ثم جواز حلف الوارث
على ارادة المورث التي لا يمكن الاطلاع عليها مشكل فان حنث الارادة على غير المريد امر لا يحيط
بغير الوارث ولو مات قبل التفسير طولب الورثة ان خلف تركه اي طولبوا بالتفسير ان علموه
بشرط وجود التركه اذ لا يجب القضاء بغيرها فان انكروا العلم بالارادة حلفوا على عدمه ويحمل
حلفهم على عدم العلم بالاستحقاق لذا خص فان منعهم الارادة المدعي بلفظ الاقرار فتعلم الاستحقاق
ووقف في التذكرة بين ان يدعي الموصى له مجمل الارادة الموصى اكثر مما فسره الوارث وبين ان يدعي
المقر له مجمل الارادة المقر اكثر مما فسره الوارث فاوجب اليمين على الوارث على نفي العلم باستحقاق الزيادة
ولا يتعرض للارادة في الاول واوجب حلفه على ارادة المورث في الثاني محتجا للفرق بان الاقرار
اخبار عن سابق وقد يعرض فيه الاطلاع والوصية انشاء امر يتعلق بالجهالة وبيانه اذا مات الموصى الى
الوارث وهذا الفرق ضعيف فان هذا مع انتفاء الارادة لاسيما ولو ادعى المقر له جنسا غير ما
فسره او لم يدع شيئا بطل الاقرار الحكم ببطلان الاقرار مشكل فانه لو رجع المقر له الى التصديق نفذ فكيف
يحكم ببطلانه ويعتبر الرجوع فينبغي انه يجب على الحاكم انتزاع المقر به انه لم يرد المصلحة في سيتمان المقر عليه
فلا يستقيم اطلاق الحكم بالبطلان ولو قال له علي مال قبل تفسيره بقليله وكثيره ولا يقبل بغيره
كحد القذف والشفعة والكلب لعقور اذ لا يتمول ولا يصدق عليه اسم المال وفسره بالعقود عن غيره من
الكلاب التي يجوز بيعها وهل يعتبر في التفسير بالقليل ان لا يبلغ في القلة الى حد لا يعد مالا في
العادة كحبة حنطة صرح في التذكرة بعدم اعتباره لان كل متمول مال ولا ينعكس وهو مشكل او اعتبر
ابو حنيفة تفسيره بالمال الزكاتي ويقبل بالمستولدة اي ويقبل تفسير المال المقر به بالمستولدة له
تنزيلا على سبق الملك على الولادة او على انتقالها اليه في موضع يجوز فيه الانتقال ووجه القبول
قوله عليه السلام اقرار العقلاء على انفسهم جايز وكون المستولدة مالا ولهذا يجوز بيعها لو مات ولدها
وينتفع بها ويستاجر وان كانت لا تباع ويشكل بان الاستيلاد حق مشترك بينها وبين الله تعالى
وقبول التفسير بها يقتضي ابطاله واحتمل في الدروس عدم القبول عند نفيها او الاستناد وفيه قوة
ولو قال له مال جليل او جليل او عظيم او نفيس او خطير او عظيم جدا او عظيم عظيم قبل تفسيره بالقليل
ايضا ولو قال كثير قيل يكون ثمانين والاقرب المساواة لما قبل يتنبل العظيم والجزيل ويكون لك
بالقليل لانه يحتمل ان يريد بذلك عظم خطره بكفر مستحله ووزر غاصبه والخاين فيه لان الاصل ما يتبع

استعمال

عليه الاقرار الاخذ بالمتيقن وترك ما سواه فان الاصل براءة الذمة فان قيل ذلك لا يطابق الا
العرف قلنا ليس للعرف في ذلك معنى محقق يرجع اليه وعظم الشيء ونفاسته تتفاوت بتفاوت احوال
الناس واختلاف طبقاتهم تفاوتا لا ينضبط فرب قليل نفيسا في حال وباعتبار شخص وحقيرا
في حال آخر وباعتبار شخص آخر فلا مرجع في ذلك لانقبل تفسيره منها بيقين البراءة وقال بعض
العامة لا يقبل اقل من عشرة دراهم وبعض لا يقبل اقل من مائتي درهم نصاب الزكاة وقيل غير
ذلك وكله رجوع الى غير معلوم الدلالة والقول بان الكثير ثمانون قول الشيخ رحمه الله وجماعة ووجهه
انه قد ثبت في عرف الشرع هذا المقدار في النذر فكذا في غيره والا لزم الاشتراك والاصل عدمه
ولان المقتضي قوله تع لقد نصركم الله في مواطن كثيرة وهو متحقق هنا وجوابه انه تقدير لا تساعد
عليه اللغة ولا العرف فيقتصر فيه على موضع الوفاق فحينئذ يرجع في التفسير اليه كما سبق وهو
الاصح واختاره ابن ادريس والمتاخرون   ولو قال اكثر مما لفلان وفسره باكثر عددا او
قدرا الزم بمثله ويرجع في الزيادة اليه   اي لو قال له عندي اكثر مما لفلان وفسر ذلك بانه اكثر منه
عددا ان كان مما يعد كالدراهم او قدرا ان كان لا يعد كالدار والبستان ويمكن ان يكون المعنى انه فسره
بكونه اكثر عددا او اكثر قدرا مع الاستقرار في العدد الزم بمثل ذلك ويرجع في الزيادة اليه لانها
مجهولة ومقتضى ما سبق انه لا بد من تفسيرها بما يتمول في العادة وفي التذكرة انه يقبل تفسيره
الزيادة بحبة والقليل وان قل السابق   ولو قال كنت اظن ماله عشرة فثبت بالبينة مائة قبل
تفسيره لخفاء المال والاصل براءة الذمة فلا يحكم بشغلها بمجرد الاحتمال ولو قال اعلم ما لفلان
مع اقراره ثم قال الذي كنت اعتقده قليلا فبان كثيرا فالظاهر انه لا يختلف الحكم   اما لو شهد بالقدر
ثم اقر بالاكثرية لم يسمع ولو فسره بالبقاء او المنفعة او البركة وكان اقل في القدر والعدد
بان يقول الدين اكثر بقاء من العين او الحلال اكثر من الحرام او انفع ففي السماع نظر يحتمله او
مشهدا لمقر بقدر ما لفلان ثم اقر بالاكثرية السابقة لم تسمع دعواه ظن القلة وينبغي ان يكون
ذلك بحيث لا يطول الزمان بحيث يمكن تجدد الاشتباه عليه ولو فسر الاكثرية بالبقاء او المنفعة
او البركة الى آخره ففي السماع نظر ينشأ من ان الاكثر انما يطلق حقيقة على الاكثر عددا او قدرا
واللفظ انما يحمل عند الاطلاق على الحقيقة ومن ان المجاز يصار اليه مع وجود الصارف عن الحقيقة
وهو اخبر بقصده ونيته واختار في التذكرة مع تشكل بان الحمل على المجاز خلاف الظاهر فاذا لم   الاول صح
تفسير عقيب الاقرار فمتى يحمل تامل نعم ان اتصل به امكن السماع لان المجموع كلام واحد فعلم ان

التفسير

191

التقييد بقوله وكان اقل في القدر والعدد يفهم منه ان المساوي ليس مثله في الحكم وليس كذا
لك بل هما سوآء لانتفاء الاكثرية بالمعنى الحقيقي في كل منهما ولو قال له علي الف دينار فقال لك
علي اكثر من ذلك لزمه الالف وزيادة ويفسر بأكثر فلوسا او حبة حنطة او دخن فالاثر بعدم التنو
اي ولو قال له عليك الف دينار فقال لك علي اكثر من ذلك لزمه الف دينار وزيادة وقال في التذكرة
لا يلزمه اكثر من الالف بل ولا الالف لان لفظة اكثر مبهم لاحتمالها الاكثرية في القدر او العدد او في
المدة او العقدة او في الملكة فيصرف الى جنس ما اضيف اليه ولا يفهم في الاطلاق غير ذلك فيرجع فيه
الى تفسيره ووجه التحقيق قال الله تعالى كانوا اكثر منهم وقال تع انا اكثر منك مالا وقالوا نحن اكثر
اموالا وقد اعتبرنا حمل اللفظ على الظاهر في اقل الجمع وهو ثلثة عندنا الا كثر مع احتمال غيره واعتبرنا الوزن
الغالب والنقد الغالب والسلامة من العيب والحلول مع تطرق الاحتمال وامكان ارادة المرجوح فيجب
الحمل على الظاهر هنا ولا يعتد بتطرق الاحتمال وحقق في التذكرة انه ان قرن الكثرة لم يجب مسانخة
في الجنس والا وجب لان افعل بعض ما يضاف اليه وفيه نظر لصحة قولنا يوسف احسن اخوته مع ان
افعل ليس بعضا لما يضاف اليه والذي يقتضيه النظر انه ان لم يذكر المميز في التفضيل فالابهام قائم ومع
في التفسير اليه والا دليل على وجوب اتحاد الجنس وما ذكرنا من الآيات فالتمييز فيها مذكور والتمييز ينكر
فيه حذف منه اعتمادا على دلالة المقام عليه ولا يمكن الحكم بشغل الذمة بمجرد الاستناد الى قراين
الاحوال من غير ان يكون في اللفظ دلالة صريحة اذا قال له علي كذا فهو كالشيء لان كذا للابهام و
دلالة على شيء بخصوصه كالشيء فيرجع اليه في تفسيره ولو قال كذا كذا فهو تكرار اي تأكيد
للتأكيد لا للتجديد فهو بمنزلة ما لو قال له علي شيء شيء فيقبل في تفسيرهما ما يقبل في تفسير له
كذا وله شيء فان التأكيد محتمل وسايغ شايع والاصل براءة الذمة ولو فسر المفرد بدرهم
نصبا لزمه درهم ونصب على التمييز وقيل يلزمه عشرون اي لو اتى بكذا مفردا من غير ان يقول كذا
ثانية وعقبه بدرهم بالنصب بان قال كذا درهما لزمه درهم ونصبه على التمييز كما لو قال شيء
درهما وحكي في التذكرة عن بعض الكوفيين انه منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتدأ به واقر
بدرهم والقول بالزوم عشرين قول الشيخ لان اقل عدد مفرد ينصب مميزه عشرون اذ فوقه ثلاثون
فصاعدا فيحمل على الاقل ويشكل بان شغل الذمة بعشرين مع امكان ان يراد بكذا واحد فيقتضي
التمسك بمجرد الاحتمال ولا اثر لموازنة المبهمات المبينات باعتبار القوانين النحوية اما اولا فلعدم
العلم بكون ذلك مستفادا من اللفظ بوضعه واما ثانيا فلان العرف الخاص لا ينظر اليه وانما

فيحتمل انه اراد اكثر منه فلعله تأخر عنه مستغنيا عن ذكر الذي قال بيرجع به الى انه يشتمل حقيقته في العدد م

الفصل ان بعد العبارة انه لو قال شخص لآخر لي عليك الف دينار فقال لك علي اكثر من الف دينار وذلك لا يكون ذلك اعترافا بالدينار لاقرار ولا في الالف فان ذلك ... ذكره القائل وان كان اشاره الى ما ذكره القائل ... الاكثريه قد يكون في العدد الاول الان ... والاستمرار ... وهي ... على اهل العرف ... الخمس الالاه ... عدم م

فوصل ... وصف المسك ... عن الحكمه

منه

الى ما يتفاهمه اهل العرف العام ويجري في محاوراتهم فالاصح الاول ولو رفعه فكذلك وتقديره

شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلا من كذا ولو جره لزمه جزء درهم ويرجع اليه في تفسير ما

جزء درهم وكذا كناية عنه وقيل يلزمه مائة اي لو رفع الدرهم المقربه كذا فكذلك اي لزمه درهم

نقل المص على ذلك الاجماع في التذكرة لكن قوله وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلا عن

كذا العله يريد به التقدير باعتبار المعنى لان البدلات كان بدلا صناعيا لم يستقم كون التقدير

لفظا هكذا او يراد البدل معنى واما اذا جره فوجه لزوم ما ذكره المص اصالة البراءة مما سوى ذلك

وان هذا تفسيره بجزء درهم يحتمله قوله احتمالا لا ينافي قوانين اللسان وهو الاصح فيرجع اليه

في تفسير الجزء لكونه مبهما والقول بلزوم مائة قول الشيخ في المبسوط ووجهه ان كذا كناية عن

العدد ودرهم بالجر مميز له واقل عدد مميز مجرور مائة وضعفه معلوم مما سبق قال في

التذكرة ولا فرق بين ان يقول له علي كذا درهم صحيح او لا يقول لفظ صحيح وبعضهم فرق بانه اذا قال

له علي كذا درهم صحيح بالجر لم يحمل على بعض درهم فيتعين المائة والحق انه يلزمه درهم واحد

هذا كلامه وهو صحيح لاحتمال ان يراد بعض درهم صحيح ونحوه فان وصف الدرهم بكونه صحيحا لا يمنع

ثبوت الصحيح في الذمة ولما بان يقول كذا كناية عن بعض الدرهم فان بعض الدرهم الصحيح

قد يكون مستحقا لغيره فيستحق باقيه وكذا الاصح من بيت وسيف وحيوان ونحوها ولو

وقف قبل تفسيره بجزء درهم لانه دائر بين الرفع والجر فاسد فيلزمه اقل الامرين واوجب بعضهم

درهما فيستقيم ذلك على القول بوجوب مائة مع الجر لانه الاقل وكذا لو كرر بغير عطف ولا

يقتضي الزيادة كانه قال شيء شيء وفي الجر يحتمل انه اضاف جزءا الى جزء ثم اضاف الاخير الى الدرهم

كتسع نصف درهم وكذا لو قال كذا كذا وقيل يلزمه مع النصب احد عشر اي لو قال له علي كذا كذا درهما

بالنصب او بالرفع او بالجر مكررا كذا كذا من غير ان يعطف احدهما على الاخر انما يلزمه ما سبق اذا

قال كذا درهما بالنصب او بالرفع او بالجر من غير زيادة ووجهه ان كذا كذا يمكن ان يكون تكرارا

للتاكيد فكانه قال شيء شيء ويكون درهما مميزا للمؤكد ودرهم بالرفع مفسر له وكانه في الجر كانه

قال جزء جزء درهم ويحتمل انه اضاف جزءا الى جزء المضاف الى درهم فيلزمه بعض بعض

درهم وتفسيره اليه وهو المراد المص بقوله على جهة الكشف والبيان كنصف تسع درهم

وهذا الاحتمال صحيح لان اللفظ لا يأباه والاصل براءة الذمة فيقبل التفسير به ولو وقف لزمه

اقل المحتملات لو فسره ولو قال كذا كذا ثلثا اي بالدرهم بعد منصوبا او مرفوعا فكما سبق

يكون م

هذا وان كان محتملا الا انه لا يلزمه بعض درهم لان نصف الدرهم الصحيح لا ينتفي كونه درهما صحيحا في ذاته لاحتمال ان يكون النية

كنصف تسع

درهما م

فانه يلزمه

فانه يلزمه درهم لامكان التاكيد كما لو كرر الشي ثلثا ولو جر جز جزء درهم وعلي الاحتمال جزء جزء
جزء درهم كنصف تسع عشر درهم ولو وقف فكما سبق وقال الشيخ انه اذا قال كذا كذا درهما
بالنصب يلزمه احد عشر درهما لان اقل عدد مركب مع غيره ينتصب بعده المميز احد عشر الي تسعة
عشر فيجب الحمل علي الاقل ويصنف بما تقدم ولو رفع وعطف لزمه درهم لانه ذكر شيئين — ورفعه
ثم ابدل منهما درهما فكانه قال هما درهم ولو نصب احتمل لزمه درهم لان كذا يحتمل اقل من درهم
فاذا عطف مثله وفسرهما بدرهم جاز وقيل درهمين لانه ذكر جملتين وفسر بدرهم فيعود الي الجميع
كماية وعشرين درهما يعود التفسير الي الجميع واكثر من درهم بناء علي ان الدرهم تفسير للاخير
ويبقي الاول علي ابهامه وقيل يلزمه احد وعشرون اي لو عطف كذا علي كذا ورفع الدرهم فقال له — الاول
علي كذا وكذا درهم لزمه درهم لانه ذكر شيئين ثم ابدل منهما درهما فكانه قال شي وشي هما درهم
وفي وجه للشافعيه انه يلزمه درهم وزيادة حملا علي ان درهم تفسير للمعطوف ويبقي المعطوف
عليه يرجع اليه وتفسيره واصالة البراة تنفيه ولو نصب فقال كذا وكذا درهما فعند المص فيه احتمالات
ثلثة الاول لزمه درهم لان كذا يحتمل اقل من درهم فاذا عطف مثله وفسرهما بدرهم علي طريق
اليقين كان صحيحا جاريا علي القوانين والاصل براة الذمة مما زاد وهذا هو الثاني لزمه
درهمين لانه ذكر جملتين وفسر بدرهم فيكون تفسيرا للجميع علي مذهب انه تفسير للاخير ودليل علي
تفسير الاولي كماية وعشرين درهما فانه سيأتي ان شاء الله تعالي ان الماية يكون ايضا درهم الثالث
انه يلزمه اكثر من درهم لان الدرهم تفسير للاخير فيبقي الاول علي ابهامه وقال الشيخ في المبسوط
انه يلزمه اكثر اقل عددين عطف احدهما علي الآخر وانتصب مميزا الدرهم بعدهما وقال ابن ادريس — احد وعشرون لانه اقل عددين عطف احدهما علي الآخر ص
في جميع المسايل السابقة ويقابل كلام الشيخ الاولي الرجوع الي التفسير لان كذا لفظ مبهم محتمل والتعلق
علي الذمة شيئا بامر محتمل والاصل براة الذمة قال المص في المختلف والتحقيق انه يقول ان كان القايل
من اهل اللسان الذم ما قاله الشيخ والا رجع الي تفسيره كما اختاره ابن ادريس هذا كلامه ويشكل
بان هذا المعاني ليست مستفادة من هذه الالفاظ بالوضع ليحكم عليه بان كان من اهل اللسان بما يقتضيه
تقتضيه الوضع فاهل اللسان انما يتحاورون في الاقارير والمعاملات بما يتفاهمه اهل العرف والا — صح
ما قاله ابن ادريس ولو قال له في درهم او درهمان لانه مبهم يقبل تفسيره اذ لا منافاة بين عطف — بما قل وكثر وذلك لان عطف جنس معين علي مبهم الجنس لا يوجب تفسيره م
بعض الاجناس علي ما يغايرها بل هو الواجب فبأي شي فسر قبل حتي لو فسر بحبات الحنطة
قبل كذا قال الشيخ التذكرة ويحتمل ان المفسر للشي لا يعطف عليه وتقديره الف ودرهمان وقال الف

ودرهمان ولو قال الف وثلثه دراهم او خمسون درهماً او الف ومايه وخمسه وعشرون درهماً
او خمسه عشر درهماً او الف ومايه درهم فالجميع دراهم على اشكال ينشا من ان الاستعمال لغة وعرفاً
جارٍ على الاكتفاء بتمييز الاخيرة لكونه تفسيراً لما قبله قال الله تع ان هذا اخي له تسع وتسعون
نعجة وفي الحديث ان رسول الله ص توفي وهو ابن ثلث وستون سنة وقال الشاعر ولها اثنتان
واربعون حلوبة وغير ذلك من الاستعمالات في الاخبار وكلام العرب الذي لا ينحصر ولما اشتهر
العربيه فظهورها يغني عن التعرض لبيانها وكانهم لما كرهوا الاتيان بالمفسرات المختلفة في
الكلام الواحد اكتفوا باحدها وآثروا ما يتصل بالمبهم الاخير على غيره لان المفسر انما يفسر به
ما قبله ومن ان المقطوع به هو تفسير ما اتصل به فيكون ما سواه على الابهام ولان الاصل براءة
الذمة ولان الاستثناء المتعقب جملاً يختص بالاخيرة ويضعف بان الاستعمال لما كان
جارياً على ذلك بحيث لا يفهم عند الاطلاق سواه ولا يتوقف احد في فهم المراد منه كون ذلك
على قرينه تندفع الابهام فان العرف من الدليل بمنزلة المذكور ح فلا يبقى للاصل هنا تمسكاً
لوجود الناقل والاستثناء بعد جمل انما يعود الى الاخيرة على القول به مع انتفاء ما يدل على عوده
الى الجميع والاول اقوى وعلى الثاني فلو باع بمايه وعشرين درهماً مثلاً لم يصح البيع حتى يذكر نقد
المايه ولو قال الف وثلثه دراهم والف او عشرون درهماً والف فالالف مجهول لان السابق في مثل
ذلك لم يثبت كونه مفسراً لما بعده والاصل ولو قال درهم ونصف فالاقرب حمل النصف على النا(قص) البراءة م
وجه القرب ان المتفاهم في المحاورات العرفيه حتى لو قال له علي درهم ونصف درهم عد مطولاً لا
تطويلاً زايداً على قدر الحاجة ويحتمل عدمه للاصل ولانه معطوف على الدرهم فلا يفسره والاول
اقوى قال في التذكرة اما لو قال نصف درهم فالنصف مبهم اطلاق الاقرار بالموزون او المكيل
ينصرف الى ميزان البلد وكيله لانه المتفاهم عرفاً ولهذا يحمل الاطلاق في البيع عليهما وكذا الذهب
والفضه ينصرف الى نقد الغالب سواء كان نقدهم مغشوشاً اولا وسواء كان الوزن ناقصاً او لا ولاه
الظاهر ان المراد بالذهب والفضه في هذا الكلام الاقرار بالدراهم والدنانير فلو اقر بذهب
او فضة محمولاً على المتعارف فلو لم يتفاوت الحال في حمل الدراهم والدنانير على المغشوشة اذا كان
نقد البلد مغشوشاً كما يحمل النقد على الخالص اذا كان غالباً في البلد نعم لو تفاوت فان النقد
والوزن والنقد متساوياً رجع اليه في التعيين وفي وجه للشافعية انه لو فسر الدراهم بالناقص منفصلاً
عن الاقرار لم يقبل وان كان عرف البلد بل يحمل على دراهم الاسلام وما يرشد لحصول الابهام

من عبر ان يذكر الدينار او الدرهم
كان حمله مثاقيل من فضة وانكه
ان ذلك لا ينصرف الى الفضه
الخالصه الغالبة في البلد وما
كان الاطلاق صح

ورود الشك في حمله او وصف الدراهم بالناقص منفصلا والهلا عن الاقرار لم يقبل فان كان عرف البلد ... ... م

اي كان نقد والوزن في البلد والنقد بان كان الرطل وافيا على ... والنقد غير صحيح وغيره وتساوى الجميع في المعاملة كالحسابي بعض على بعض الجريح الصرح في النهي طول الابهام والاصل براءة الذمة م

وان اصل بانه الدقة واحترز بقوله متساوياً عما لو كان بعض الوزن والنقد المتعدد غالباً في
المعاملة فان الاطلاق يحمل عليه   ولو فسر بالناقص النادر قبل مع اتصاله اي فسر الوزن
والنقد بالناقص النادر في البلد قبل مع اتصال التفسير بالاقرار لا بعده اما مع الاتصال فلانه
بمنزلة الاستثناء ولانه لولا ذلك لادى الى تعذر الاقرار ممن عليه دراهم ناقصة ولان الكلام
لا يعتبر معناه الا بعد تمامه بخلاف ما اذا انفصل فانه يقتضي رفع بعض ما قد حكم بثبوته فلا يسمع
وكذا لو فسر بالمغشوشة مع اشتمالها على الفضة لا بالفلوس اي وكذا يقبل تفسيره مع الاتصال م
لو فسر الدراهم بالمغشوشة لكن حيث يكون الغالب غيرها والا لم يشترط الاتصال وهذا انما هو مع
اشتمالها على الفضة لا بالفلوس لان اسم الدراهم لا يقع عليها   ولو قال على دريهمات او دراهم
صغار وفسر بالناقص لم يقبل الا مع الاتصال لان اطلاق الدراهم يقتضي حملها على الغالب في الوزن
ووصفها بالصغر المستفاد من الصيغة او من صريح اللفظ لا ينافي حملها على الغالب لان الدراهم الغالبة
قد تكون صغيرة في شكلها نعم لو كان في الدراهم ما يتصف بصغر وكان ناقصاً وفسر به قبل منه درهم
وفي التذكرة انه لو قال له علي دريهم او دريهمات او دريهم صغير او دراهم صغار فالوجه قبول
تفسيره بالارادة مما يطلق عليه هذا الاسم وهذا لا ينافي ما ذكرناه مع انه قال بعد هذا في المسألة
التي بعد هذه لو قال له درهم فهو كما لو قال درهم لان التصغير قد يكون لصغره في ذاته او لقلة قدره عنده
وقد يكون لمحبته ولو قال له علي درهم كبير ففي التذكرة انه يلزمه درهم من دراهم الاسلام لانه كبير في العرف
قال ولو كان هناك ما هو اكبر وزنا منه فالاقرب المساواة   الجمع يحمل على الثلاثة وهو ثلاثة سواء كان
جمع قلة او كثرة وسواء كان معرفاً بلام الجنس ومنكراً وسواء وصفه بالقلة او الكثرة او لا فلو قال له علي
دراهم لزمه ثلثة وكذا لو قال الدراهم او دراهم كثيرة او وافرة او قليلة لما كان اقل الجمع ثلثة باعتبار
الوضع لم يحمل صيغة الجمع على ما فوقها ولا تفاوت بكونه جمع كثرة او قلة لان الفرق بينهما استعمال
خاص فلا يعارض اصالة البراءة والمعرف باللام وان اقتضى العموم الا انه ممتنع هنا وليس هناك
معهود يرجع اليه فالمراد التعريف وكذا لو وصف الجمع بالقلة او الكثرة كما لو وصف المفرد وما في الكلام
في التذكرة قبول تفسير الجمع باثنين محتجاً بالاستعمالات في الكتاب والسنة مثل قوله تعالى فان كان له
اخوة والمراد اخوان وقوله عم الاثنان وما فوقهما جماعة وبان حقيقة الجمع موجودة في الاثنين
قال ولو سلم انه مجاز فلا تستحيل ارادته فاذا فسر به قبل لانه اعرف بقصده ويضعف بان المجاز
خلاف الاصل فالتفسير به منفصلاً عن الاقرار رجوع عنه ويلزمه فتوله التفسير بالواحد بعينها

ذكره فانه يستعمل فيه مجازاً وفي المحروس انه لو فسر بالثنين تارة لا معنى للاجتماع او الجمع بانه
من القائلين بان اقل الجمع اثنان فالاقرب القبول ويشكل بان اللفظ يجب حمله عند الاطلاق
على الشايع في الاستعمال فاذا فسر بخلاف ذلك تعين متراجعاً عن الاقرار كانه رجوعاً عن بعض
ما اقر به ولو قال ثلثة الاف صح اي لو قال له عندي ثلثة الاف ولو قال له علي ما بين درهم
وعشرة لزمه ثمانية لان ذلك ما بينهما وظاهر اطلاقهم ان الثمانية دراهم واللفظ غير صريح في
ذلك ولو قال من درهم الى عشرة احتمل دخول الطرفين وخروجهما والغاية وجه الاول ان
ذلك عادة في الاستعمال تقول قرأت القرآن من اوله الى آخره واكلت الطعام من اوله الى آخره وفيه
نظر لان ذلك مستفاد من قوله قرأت القرآن واكلت الطعام ووجه الثاني ان الاول والعاشر
حدان لا يدخلان في المحدود كما لو قال بعتك من هذا الجدار الى هذا الجدار لا يدخل الجداران في
البيع ونقل الشارح فيه الاجماع ولقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل ولان الاصل البراءة فلا يجب سوى
المتيقن وهو الاصح واختاره ابن ادريس ووجه الثالث ان الاول ابتداء الغاية والعاشر هو
الحد فدخل الابتداء دون الحد ولان الملتزم زايد على الواحد والواحد مبدأ العدد والا
لزم ينبغي خروجه واختاره الشيخ والمص في الارشاد ويضعف بان شغل الذمة لا يكون بمجرد
الاستبعاد ولو قال اردت الجمع لزمه خمسة وخمسون لانك تريد اولا العدد وهو الواحد
على آخره وهو العشرة ثم يضرب المجموع في نصف العشرة اي لو قال المقر اردت بقولي له من واحد
الى عشرة استحقاقه مجموع الاعداد المشمولة بهذا اللفظ لزمه خمسة وخمسون وطريق معرفة قدر
مجموع الاعداد المذكورة ان يزيد على آخر العدد وهو العشرة اولها وهو الواحد ويضرب ذلك
في نصف العشرة وكذا كلما جرى مجراه مثل من واحد الى عشرين فاضرب في الجواب ولا يخفى ان قوله
لانك تريد الخ ضابط هو معرفة قدر المجموع وليس دليل اللزوم هذا القدر كما لا يخفى واعلم
ان المص اطلق الحكم هنا وفي غير هذا الكتاب وكذا غيره وانما يستقيم ذلك على القول بدخول الطرفين
اما على القول بخروجهما او بخروج واحد فلا يبلغ المقر به خمسة وخمسين كما لا يخفى الا ان يريد بقوله
الاقرار بجميع الاعداد التي اشتمل عليها اللفظ فلا بحث في اللزوم ح ولو قال له درهم في عشرة
ولم يرد الحساب لزمه واحد وذلك لان المقر به الدرهم والعشرة ظرف ولو قال له درهمان
في عشرة واراد الحساب لزمه عشرون ولو اراد درهمين مع عشرة قبل ولزمه اثنا عشر اما اذا
اراد الحساب فلا بحث واما اذا اراد درهمين مع عشرة فلان هذا المعنى شايع بين اهل العرف

يقولون

يقولون اذا ارادوا جمع المتفرق عشرة في عشرة في جمعه الى عشرين ذكره فلا يمتنع الحمل عليه وقد جاءت
في بمعنى المصاحبة في نحو قوله تعالى ادخلوا في امم   ويقبل منه هذا التفسير وان كان من اهل
الحساب على الاشكال لان كثيرا من العامة يريدون هذا المعنى ويحتمل عدم القبول لان الظاهر
من حال الحساب استعمال الالفاظ في معانيها المصطلح عليها بينهم ويضعف بان المحاورات العرفية
غالبا لا تكون بمصطلحات اهل العرف الخاص مع ان الاصل براءة الذمة فالاصح القبول   ولو قال
اردت درهمين في عشرة لي قبل لاحتمال اللفظ ذلك فان في للظرفية والاصل البراءة   ولو قال
درهمان في دينار لم يحتمل الحساب وسئل فان فسر بالعطف لزمه درهمان ودينار وانما احتمل ذلك
لان المضروب لا بد ان يكون من جنس المضروب فيه فيبقى المراد منهما وانما قبل تفسيره بالعطف وان
لم يعطف بفي لانه اقرار على نفسه بمجموع الامرين ولعل المص لا يريد العطف الحقيقي بل لانه معه
المصاحبة والاشتراك في الحكم وقد سبق ان في تستعمل بمعنى مع   وان قال اسلمتهما في دينار فصدقه
المقر له بطل اقراره لان السلم لا يصح في الصرف وان كذبه صدق المقر له مع اليمين وان قال في تفسير
قوله درهمان في دينار اسلمتهما اليه بمعنى انه جعلهما عوض سلم الدينار ويبقيا في ذمته لم يسلمهما الى
ربهما الا قرلة والدينار في ذمة المقر له بالسلم فيجب ان يسأل المقر له عن هذا التفسير لانه يقتضي ابطال
الاقرار فان السلم في التقديرين لا يصح فان صدقه فلا شيء وان كذبه لزم المقر الدرهمين ولم يقبل
منه ما ينافي الاقرار نعم له احلاف المقر له على نفي ما ادعاه   ولو قال له عندي زيت في جرة او
سيف في غمد او كيس في صندوق او فص في خاتم او عمامة في راس او ثوبا في منديل لم يدخل الظرف لاحتمال
ان يريد في جرة لي وفي غمد لي وكذا البواقي وليس في اللفظ ما يقتضي كون هذه الاشياء للمقر له ولا
لكان اذا ضم اليه لفظ لي يفهم المنافاة لظاهر الاقرار ويحتاج الى العدول عن الظاهر مع ان
الاصل براءة الذمة ومثله ما لو قال غصبته زيتا في جرة او ثوبا في منديل لم يكن ضامنا الا بغصب الزيت
والثوب خاصة خلافا لابي حنيفة   ولو قال له عندي غمد فيه سيف او جرة فيها زيت لم يدخل
المظروف وكذا له خاتم فيه فص او عمامة في راس عبد تقريبه ما تقدم   ولو قال له عندي
خاتم واطلق او ثوب مطرز لزمه الخاتم بفصه على الاشكال والطراز المتبادر من العبارة انه دخول
الطراز في الاقرار بالثوب لاشتماله عليه وهو واضح لان الطراز جزء او كالجزء في العادة المستمرة
واما الفص ففي دخوله في الاقرار اشكال ينشأ من ان اسم الخاتم يتناوله عرفا ومن مغايرته اياه وانفصاله
عنه ولهذا لا يخلو الخاتم عنه كثيرا والظاهر الاول لان الكلام في شمول اسم الخاتم للفص انما هو مع وجوده

وزنه درهمان م

فهو كالطواف وليس كل ما يقع جزءاً لشيء يمنع خلوه عنه واختاره في التذكرة التاسع   ولو قال له عندي
جارية فجاء بها وهي حامل احتمل صحة استثناء الحمل بخلاف ما لو قال الخاتم وجاء به وفيه فص واستثناه
فان الظاهر عدم قبوله وجه الاحتمال ان الحمل ليس جزءاً من الجارية لغةً ولا عرفاً ولهذا لا يندرج في بيعها
على الاصح فلا يتناوله الاقرار بها وكل منهما تحت يده فاذا اقر باحدهما لم يكن اقراراً بالاخر ومنه
يظهر وجه الفرق بينها وبين الخاتم والفص فانه جزء عرفاً ويحتمل العدم لانه تابع للام ونماء لها ويتبع
تبعيته لها في الاقرار والنماء انما يتبع الاصل اذا تجدد في الملك ولم يكن هناك ما ينافي ملكيته و
الاقرار لا يقتضي تقدم ملك الام على تجدد الحمل وسيأتي ان شاء الله تعالى في احكام القضاء انه لا تسمع
دعوى هذه ابتداء مع جواز تجددها في غير ملكه وصحة الاستثناء لا تخلو من قوة واعلم انه لو تكلم
فان الظاهر عدم قبوله رجوع عن الاشكال الى الفتوى   ولو قال له دار مفروشة او دابة مسرجة او
عبد عليه عمامة احتمل الامرين اي صحة استثناء الفرش والسرج والعمامة وعدمه وجه الاول ان الاقرار
يحتمل التقييد بفرش لي وسرج وعمامة لي ومع الاحتمال لا يكون مقراً لان الاصل البراءة ووجه الثاني ان
المتبادر الى الفهم دخول الفرش والسرج والعمامة لانه وصفها لا بكونها مفروشة فاذا سلم غير مفروشة
لم يكن المقر به ويضعف بان وصفها بذلك في الاقرار لا يقتضي استحقاقها على هذا الوصف اللفظ
محتمل وبنى على الامرين بعضهم وان لم يذكرهما بمجرد الاحتمال واختار ابن الجنيد دخول السرج في الاقرار
ومنعه الشيخ في المبسوط والاصح عدم الدخول نعم قد يقال في الاقرار بالعبد تدخل العمامة وما جرى
مجراها والفرق ان له يداً على ملبوسه وما في يد العبد فهو في يد سيده فدخول العمامة لا من جهة الاقرار
بل من جهة اليد واختاره المصنف في التذكرة ويضعف بانه لا يد للسيد على العبد هنا بل اليد للمقر عليه
وعلى ما بيده عليه من عمامة وغيرها لانه وان كان ذا يد الا انه من حيث انه مال عليه يد فكذا ما عليه
فاذا اقر بالعبد لم يسر الاقرار الى ما عليه ولا تزول يد المقر عنه كما لا يسري الى البيت الذي هو ساكنه
والطعام الذي يتزين به   ولو قال دابة بسرجها او دار بفرشها او سفينة بطعامها او عبد
بعمامته لزمه الجميع فان الباء تعلق الثاني على الاول لاقتضائها المصاحبة اذ لا يفهم منها هنا
سوى ذلك   ولو قال له الف في هذا الكيس ولم يكن فيه شيء لزمه الالف   اي لو قال له علي الف
في هذا الكيس ولم يكن فيه شيء لزمه الالف لان قوله له علي يقتضي اللزوم ولا اثر لقوله في هذا الكيس
اذا لم يكن فيه شيء لان اعتباره يقتضي رفع الاقرار فلا ينظر اليه   ولو كان الالف ناقصاً احتمل
الزامه بالاتمام لانه قد وجب عليه الالف باقراره وكون البعض ليس في الكيس لا يقتضي سقوطه

لزمه الكمال

عنه لاحتمال ان يريد انه وضعها في الكيس ليؤديها اليه عن جهته فاذا ظهر نقصها وجب الاكمال وهو قوي ويحتمل العدم لحصر المقر به فيما في الكيس وفيه نظر لان الاخبار عن كونها في الكيس لا يقتضي حصر الواجب فيما فيه ولو قال الالف الذي في الكيس لم يلزمه الاتمام لانه جمع بين التعريف والاضافة الى الكيس وقال بعض الشافعية يلزمه الاتمام هنا ايضا قاله في التذكرة وهو مبني على ان الاشارة اذا عارضت اللفظ ايهما يقدم ثم قوى العدم ولو لم يكن فيه شيء ففي لزوم الالف وجهان وجه اللزوم انه قد اقر بان عليه الفا والتعريف جاز استناده الى تعيينه الذي في ذمته فيما في الكيس ووجه العدم انه حصر ما عليه في الكيس المعين فاذا لم يكن موجودا لم يلزمه شيء آخر لم يتناوله اقراره وبنى بعض الشافعية الخلاف هنا على الخلاف فيما اذا حلف ليشربن ماء هذا الكوز ولا ماء فيه هل ينعقد يمينه ويحنث ام لا والاقرب لزوم الالف وعدم انعقاد اليمين حيث لا متعلق لها وفي هذه والتي قبلها عندي توقف ولو قال له في هذا العبد الف قبل تفسيره بارش الجناية وبكونه مرهونا وبانه وزن في شراء عشره الفا واشتريت انا الباقي بالف ولا يلزمه الا عشر العبد ولو قال نقد عني في ثمنه الفا كان قرضا ولو قال نقد الفا في ثمنه وانا الفا بايجاب واحد فقد اقر بالنصف ولو قال وزنت انا الفين فقد اقر بالثلث ولو قال اوصى له بالف من ثمنه بيع وصرف اليه ولو اراد اعطاء الف من ماله من غير الثمن لم يجب القبول لا ريب ان قول المقر له في هذا العبد الف مجمل لان العبد لا يكون ظرفا للالف الا بتاويل فيرجع الى تفسيره فاذا فسر بارش الجناية صدرت منه العبد على المقر له او على عبده كان محل الدية فله تعلق ظاهر بالمرهون فيصار الى التفسير بارش الجناية وفي وجه انه لا يقبل لان الاقرار يقتضي كون العبد محلا للالف ومحل الدين الذمة لا المرهون وانما المرهون وثيقة له قال في التذكرة وعلى هذا فاذا نازعه المقر له واخذناه بالالف الذي ذكره في التفسير وطالبناه للاقرار المجمل بتفسير صالح ثم اختار الاول وفيه قوة لانه محل الدين وان كان الذمة الا ان العبد محل ايضا اذا كان رهنا باعتبار استحقاق اخذه من قيمته وليس العبد بالنسبة الى ارش الجناية محلا للارش حقيقة لانه بكماله باق على ملك المالك مع تعلق الارش به وان فسر بان المقر له وزن في عشر العبد الفا وقال المقر اشتريت انا الباقي وهو تسعة اعشاره بالف قبل لانه محتمل وقيده في التذكرة بكونه مع يمينه ولا اختصاص لذلك بهذه الصورة بل باقي الصور المحتملة لو لم يصدق المقر له على التفسير يتوجه عليه فيها اليمين لانه لا يساوي ذلك ولا فرق في القبول بين ان يكون ما عينه للمقر له يساوي الالف او يزيد او ينقص ولا بين ان يكون ما عينه

قيل لا يقبل تفسيره وتعلق الالف برقبته
وان فسر بكون العبد مرهونا بالف
في ذمته قبل اقراره وهو في كون ان
الدين وان صح

لنفسه زائداً اولا لانه لا قرار محتمل لان التفسير ولا يرجع في التفسير الا اليه والاصل براءة الذمة
ولو فسر بان المقر له نقد عنه في ثمن العبد الذي كان الالف قرضاً في ذمته لان قوله علي يقتضي الشراء كون م
له وان فسر بانه نقد الثاني في ثمنه على انه لنفسه وانما لم يقيده في العبارة بذلك لدلالة ما قبله على القيد
سئل هل نقد هو شيئاً في ثمنه ايضاً ام لا فان قال نقدت سئل هل كان الشراء بايجاب واحد ام بايجابين
احتيج الى التفسير ما نقد فيه الالف وهي المسألة السابقة في قوله وزن في ثمنه الفاً واشتريت فان قال بايجابين م
انا الباقي بالف وان قال بايجاب واحد سئل عن قدر ما نقده هو فان قال الفاً فهما شريكان في العبد بالنصف
لان الكل بنسبة ما نقد الى مجموع الثمن وان قال الفين فللمقر له الثلث وان فسر بانه اوصى له بالف من ثمنه
لم تقبل ايضاً ويصرف اليه من ثمنه الف فيباع منه ما يفي بالالف ولو اراد المقر حينئذ دفع الالف من ماله لم
يجب القبول لتعين جهة الاستحقاق في ثمن العبد وانما قبل كل من هذه التفسيرات لان الاقرار يحتمل
كلاً منها كما يحتمل الباقي باعتبار اصل الوضع فلو لم يصدقه فهو منكر لما عداه فيحلف لنفيه ولا يستحق المقر له
ما اقر به لتكذيبه واعلم ان قوله واشتريت انا الباقي بالالف من كلام المقر ذكر على سبيل حكاية لفظه
وليس من ضروريات التفسير بعد قوله اشتري عشره بالف ان يقول انا اشتريت الباقي بالف ولكن ذكر
لئلا يتوهم عدم القبول لاستبعاد كون عشره بالف وتسعة اعشاره بالف   ولو قال له في هذا المال
او ميراث ابي الف لزمه بخلاف له في مالي او ميراثي من ابي x الفرق بين حال الاضافة وعدمها لزوم
التناقض الذي ادعاه سابقاً منها فلا يسمع الاقرار بخلاف ما اذا لم يضف وقد عرفت البحث في كلتا
الصورتين وقد سبقت هذه المسائل ولا يظهر لاعادتها وجه فلعله اعادها سهواً   ولو قال له علي درهم
درهم درهم لزمه واحد لاحتمال ارادة التأكيد بالتكرير والاصل البراءة وكذا لو كرره مائة كرة مرة م
فما زاد   ولو قال درهم ودرهم او ثم درهم لزمه اثنان لان العطف يقتضي المغايرة بين المعطوف
والمعطوف عليه ولا يصح عطف الشيء على نفسه   ولو قال درهم فدرهم لزمه واحد وتقديره فدرهم لازم
اي لو قال درهم فدرهم لزمه درهم واحد لاحتمال الغاء العطف ويحتمل ان يلزم درهمان على
تقدير العطف فاذا فسر بعد بان قال اردت فدرهم لازم او فدرهم اجود منه قبل لان الاصل
براءة الذمة ويشكل بان المتبادر هو العطف وحمله على غيره يحتاج الى تقدير ما ذكر ونحوه يقتضي الخروج عن
ظاهر اللفظ والاضمار الذي لا يصار اليه الا بدليل على ان قوله درهم ودرهم او ثم درهم لا يمتنع الي م
فيه مثل هذا التقدير مع انه لا يقبل فيه التفسير بغير العطف ولو قال درهمين لا يعلم من فوق درهم
ودرهمان لزمه ثلثه لامتناع التأكيد هنا بخلاف قوله وكذا درهم ودرهم فانه وان كان ظاهره العطف

ودرهم م

الا انه يحتمل

الا انه يحتمل ان يكون الثالث تاكيداً للثاني لوجود الواو في كل منهما فيصح التاكيد اللفظي لتطابق
اللفظين اما الثاني فيمتنع كونه تاكيداً للاول لانتفاء الواو في الاول ووجوده في الثاني فامتنع التاكيد بتكرير	الواو ه
اللفظ لانتفاء المطابقة بين لفظيهما فلو قال اردت بالثالث تاكيد الثاني قبل منه ولزمه درهمان
والى هذا اشار بقوله ولو قال اردت بالثالث تاكيد الثاني قبل ولو قال اردت بالثالث تاكيد الاول	قبل
لم يقبل لانتفاء الواو في الاول وتخلل الفاصل بينهما وكذا يجب ثلثة لو قال درهم ودرهم ثم
درهم او بالعكس لاختلاف حرفي العطف وذلك يقتضي امتناع التاكيد اللفظي ولو قال له علي
درهم قبله درهم او بعده درهم او قبل درهم او بعد درهم لزمه درهمان ولو قال قبله وبعده لزمه
ثلثة اذ القبلية والبعدية لا يحتمل الا الوجوب ولو قال له درهم مع درهم او فوق درهم او تحته درهم
او معه او فوقه او تحته لزمه واحد لاحتمال فوق درهم في الجودة ومع قيام الاحتمال واصالة البراءة
لا يجب الا واحد وقد فرق بين هذا والذي قبله بان الفوقية والتحتية ترجعان الى المكان فيتصف
بهما نفس الدرهم والقبلية والبعدية ترجعان الى الزمان ولا يتصف بهما نفس الدرهم فلا بد
من ان يرجع التقدم والتاخر الى المعنى وليس ذلك الا الوجوب لكن عليه وفي وجه انه لا يلزمه في
القبلية والبعدية الا درهم لانهما كما يكونان بالزمان يكونان بالرتبة وغيرها ثم هب انهما يرجعان
زمانيان وان نفس الدرهم لا يتصف بهما لكن يجوز رجوعهما الى غير الوجوب بان يريد درهم مضروب
قبل درهم وما اشبهه ثم هب انهما يرجعان الى الوجوب لكن يجوز ان يريد لزيد درهم قبل وجوب درهم
لعمرو هذا الفرق وما اورد عليه للشافعيه والمص في التذكرة اورده ثم قال وفيه نظر اذ لو سمع مثل
هذه الاحتمالات لسمع في قوله عندي درهم ودرهم لان ذلك خلاف المعنى الحقيقي بخلاف	مع اتفاقهم على لزوم درهمين اقول فالنظر المذكور نظر لانهم انما لم يسمعوا الاحتمال في مثل له عندي درهم ودرهم م
ما ادعي في القبلية والبعدية فانه لا بد لمدعي المدعى بطريق الحقيقه بل قوله ان القبلية والبعدية لا يتصف
بهما نفس الدرهم بخلاف الفوقية والتحتية غير واضح لان الظرف اذا وقع بعد نكرة كان صفة ولا
يفرق في ذلك بين ظرف المكان والزمان وكون المتعلق في ظرف الزمان هنا كونا خاصا لا يقتضي
كون المتعلق وجب درهم اخص على المقدر المقول وان كان فيقع ذلك في الاستعمال كثيراً لا يكتفي	لاىم
في الحكم بشغل الذمه بمثل ذلك ويتردد المص في التحرير في وجوب درهم او درهمين واختار في الدروس
وجوب درهم وهو الاصح واكتفى المص بقوله لاحتمال فوق درهم في الجودة عن ان يذكر الاحتمال فيما بعده لظهوره
ولو اقر بدرهم في مجلسين او بلغتين او شهد عليه بذلك في تاريخين فهما واحد الا ان يختلف السبب
لان الاقرار اخبار عن حق سابق لم يلزم من تعدد الاخبار تعدد المخبر عنه فاذا اقر بدرهم في مجلس او بلغة

فالواجب واحد اذ لا دليل على تعدد المتيقن والاصل برآءة الذمة وكذا لو شهد شاهدان بالاقرار بدرهم في مجلسين لان يختلف السبب وهو المقتضي لشغل الذمة فان اختلف كان يقر بدرهم قرضا ويقر بدرهم من ثمن مبيع فانه يمتنع الاتحاد هنا وكذا لو شهد الشاهدان كذلك وفرق بعض الحنفية بين وقوع الاقرار في مجلس ومجلسين فحكم بالتعدد مع تعدد المجلس ولو اطلقه في احدهما وقيده في الآخر حمل المطلق على المقيد كما لو قال له درهم ثم قال له درهم قرضا فانه يحتمل التعدد والاصل البرآءة من التعدد فيحمل المطلق على المقيد وكذا لو قيده بقيدين يمكن جمعهما كما لو قال له درهم من ثمن مبيع ثم قال له درهم من ثمن عبد فان المبيع قد يكون عبدا والاصل البرآءة فلا يجب الا واحد اما لو قيده في احدى المجلسين بقيد يضاد ما قيده به في الآخر فهما اثنان كما لو قال له درهم بغلي ثم قال له درهم طبري فان المخبر عنه متعدد فيجب دفع كل منهما ولو شهد واحد باقرار بتاريخ وآخر باقرار في تاريخ آخر جمع بينهما لاتحاد المخبر عنه اي لو شهد واحد ان شخصا اقر يوم السبت بالف وشهد آخر انه اقر يوم الجمعة بالف جمع بين الشاهدين وحكم بكمال نصاب الشهادة وذلك لان المشهود به محكوم بكونه واحدا لانا قد بينا ان تعدد الاقرار لا يقتضي تعدد المقر به فحكم باتحاده استنادا الى اصالة البرآءة ومتى حكم باتحاده فقد تحقق شرط كمال نصاب الشهادة وثبت المشهود به ومنع بعض الشافعية من الحكم بشهادة الشاهدين هنا كما لو شهدا بسببين مختلفين لان مقصود التعدد وهو كمال الاستظهار والتعريف انما يتحقق مع اتحاد المشهود به ولا يجمع في الافعال فلو شهد احدهما بالبيع بالف يوم الجمعة وشهد الآخر بالبيع بالف يوم السبت لم يكمل النصاب بالنسبة الى واحد منهما لامتناع المشهود به في نفسه فان احدهما لا يقع عين الآخر وكذا غير ذلك كما لو شهد احدهما بغصب يوم الجمعة وآخر بغصب يوم السبت لكن للمدعي ان يعين احد الامرين المشهود بهما ويستانف الدعوى به ويحلف مع الذي شهد به وله ان يدعيهما ويحلف مع كل واحد من الشاهدين ولو قال هذه الدار لاحد هذين وهي في يده الزم بالبيان فان عين قبل وللآخر احلافه واحلاف الآخر كما يسمع الاقرار بالمجهول كذا يسمع الاقرار للمجهول ثم يطالب بالبيان فاذا قال هذه الدار واشار الى دار في يده لاحد هذين الشخصين الزم البيان فان عين واحدا منهما قبل لانه صاحب يد فيقبل اقراره وللآخر احلافه على عدم العلم بكونها له ان ادعى عليه العلم انها له وعلى البت ان ادعى عليه غصبها منه وللآخر احلاف الآخر ايضا لكنه عينه المقر له لانه يدعي عليه ما لا يده وهو ملكه ظاهرا فيحلف على البت وقال المصنف في التذكرة في نظر هذه المسئلة انه بعد تعيين المالك منهما لو قال الآخر احلفوه انه ليس لي فان قلنا انه لو عاد فاقر

ينفذ ح

للآخر

للآخر لم يغرم له لم يحلف لانه اذا نكل لم يلزمه شيء وان قلنا يغرم عرضنا عليه اليمين فان حلف سقطت
الدعوى وان نكل حلف المدعي وغرم اقول ان هذا البناء غير كاف في الحكم الذي ذكره بل لابد مع
ذلك من اعتبار كون اليمين المردودة كالاقرار اذ لو قلنا انها كالبينة لاتجه احلافه لامكان نكوله
فيحلف المدعي ويغرم له   فان اقر للآخر غرم للثاني الا ان يصدقه الاول لانه حال بين الثاني
والمقر به باقراره للاول فكان عليه الغرم كما سيأتي ان شاء الله ثم لو صدقه الاول دفعت الى الثاني نعم م
ولا غرم   وهل له احلاف الاول اشكال اي هل للمقر احلاف المقر له الاول انها ليست للثاني
فيه اشكال ينشأ من انه مكذب لنفسه في دعواه انها للثاني باقراره بها للاول فلا تسمع دعواه ولانه
لو نكل امتنع الرد اذ لا يحلف لاثبات مال الغير وكذا القضاء بنكوله ومن عموم قوله ع واليمين
على من انكر ولانه يدفع بها الغرم عن نفسه فليست لحق الغير بل لدفع الغرم ولانه لو اقر لنفع
اقراره وكل من لو اقر لنفع اقراره يحلف مع الانكار والثاني قوي والكذب نفسه مدفوع اذا
ذكر تأويلا وادعى امرا ممكنا في العادة كالغلط والنسيان ويحلف فيه على نفي العلم بالغلط
لا على البت فانه ربما لم يعلم انه يستحقها الا من اقرار ذي اليد مع احتمال الثاني لانه مالك بحسب ظاهر
الحال وقد ادعى عليه فيما هو ملك له فيحلف على البت   والثاني احلافه بلا اشكال وقد سبق مثله
وانما اعاده لانها مسألة اخرى وان اتحد المتعلق ولو اقر لزيد فشهد اثنان بسبق اقراره لعمرو
فكذبهما زيد فلا غرم اي لو اقر ذو اليد لزيد فشهد اثنان بسبق اقراره لعمرو فكذبهما زيد فيما بشيء م
شهدا به من سبق الاقرار لعمرو فالمقر به لعمرو لا محالة لثبوت سبق الاقرار بالبينة وهل يغرم المقر
لزيد قيمة المقر به قال المص لا غرم لاعتراف زيد بانتفاء سبب الغرم وهو سبق الاقرار لعمرو لتكذيبه
الشاهدين فيما شهدا به فينتفي الغرم لانتفاء سببه وفي بعض الحواشي المنسوبة الى شيخنا الشهيد
ان ذلك مشكل لاسناد البينة الى الاقرار السابق الذي هو سبب الحيلولة وهو مدفوع لاعتراف
المستحق بانتفاء السبب فكيف يثبت له ما يترتب عليه نعم قد يمكن ان يقال لان سبق اقرار المقر لعمرو وقد
ثبت شرعا بالبينة وهو يقتضي استحقاق زيد تغريم المقر فهو في حكم الاقرار لزيد باستحقاق التغريم
وقد انكره زيد فكان ذلك جاريا مجرى تكذيب المقر له الاقرار فيتجه رجوعه الى التصديق واستحق
فان صح هذا حملت العبارة على ان المراد لا غرم مع الاستمرار على التكذيب الا انه يشكل بان
الاقرار لعمرو ليس اقرارا لزيد بالاستحقاق ليعتبر رجوعه بعد التكذيب وانما لزم منه
استحقاق الغرم فاذا نفاه انتفى ولم يتجدد الاستحقاق بمجرد الرجوع والفرق ان المقر به خارج

عن ملك المقر ببقبله رجوع المقر له عن تكذيبه لانه مال لا يدعيه بخلاف لقيم من مال المقر فانه
ليس كذلك ولو قال لا اعلم دفنها اليهما وكانا خصمين يشكل ذلك لان المال المجهول يجب
تسليمه الى الحاكم ولا يجوز تسليط من لا يعلم استحقاقه عليه لان ذلك اتلاف لمال الغير وتضييع
له والذي يقتضيه النظر وجوب تسليمها الى الحاكم وهما خصمان ولكل منهما احلافه لو ادعيا
علمه فيحلف لكل منهما على عدم علمه باستحقاقه يمينا ولو قال لزيد والحايط كذا ففي صحة الاقرار
نظر ينشأ من انه لو صح الاقرار لكان اما لزيد خاصا وللحايط خاصة او لواحد منهما غير معين والتال
باقسامه باطل بيان الملازمة انه يرد بينهما باو فامتنع التشريك فلم يبق الا الاقسام الثلثة ولا شك
في بطلان الاول منها والثاني لان زيدا والحايط بالنسبة الى الاقرار على حد سواء فاختصاص و
ترجيح بلا مرجح والثالث ايضا باطل لانه ان كان الحايط فليس لزيد فيجري مجرى ما لو قال له ما لزيد او
ليس له بل للحايط ولا يستقر لك اقرارا ومن ان الذي يملك هو زيد دون الحايط فيلغو نسبته
الاقرار ويصرف الى زيد ويضعف بان الاقرار انما يصح للاخبار الجازم ولا جزم هنا وبان الاصل براءة
الذمة فلا يحكم بشغلها بمثل ذلك وعدم الصحة لا يخلو من قوة ولو قال لزيد وللحايط كذا
فالاقوى صحة النصف ويلغى ذكر الحايط ويحتمل ان يكون الجميع لزيد لامتناع كون الحايط مالكا فيلغو
ذكره / واذ لا يتم الا لكل منهما ذلك يعدو به ويضعف بان العادة ذكر الحايط لا يقتضي استحقاق
زيد ما لم يقر له به وقيده العموم بعدم الاستحقاق للحايط كما لو قال له وللامر لا يملك هذا
الحايط ولا يلزم من عدم الاستحقاق في احدهما تحقق في الآخر فانه المم لكن ينبغي
ان يعلم انه على احتمال صحة الاقرار لزيد في صورة الترديد يجب ان يصح له هنا بطريق اولى فيكون
حكمه بالنصف هنا متقضيا لترجيح البطلان في الاول ولو صدق احد المدعيين بما
يوجب الاشتراك كالارث والابتياع صفقة في الله النصف دون اشتراك السبب ونحوها ايما
صدق صاحبا له احد المتعيين الذين يدعي كل منهما النصف من العين التي في يده وكانت
دعواها الملك مستندة الى سبب يقتضي الاشتراك بينهما كان ثمنا من بينهما اشتراه وشراها
صفقة في استحقاقه النصف ولم يصدق على اشتراكهما في سبب الملك فالنصف بينهما لان
كلما حصل من المشترك الذي كان سببا الملك له مقتضيا للتشريك ونحوها وما ذهب فهو عليهما
ولهذا قيد بقوله دون اشتراك السبب لانه لو صدق على اشتراك السبب مع تصديقه احدهما بدعوى
النصف فانه يلزم التصديق لدعوى الآخر واعلم ان المراد في قوله بما يوجب الاشتراك متعلق باسم

الماكم م

قوى م

فاقد بعد التي اتفقا الدل والشهوة لا تقوم المطالب التشرك بين المعطوف والمعطوف عليه فيكون لزيد النصف م

النامل

ما لو كان ادعيا انه ... [illegible] ... النصف ... [illegible] ... فان اقر لاحدهما ... [illegible] ... النصف ... [illegible]

الفاعل والاحسن ان يكون متعلقاً بمحذوف نعتين المدعيين مِلكاً ثبت باوجبا لاشتراك
واما كان هذا احسن لانه علي الاول لا يستقيم قوله كالارث والابتياع لان هذا سبب الملك
لانفسه فلا يكون المدعي به الا البيت لا الملك المستند الى السبب وفي قوله في النصف يتعلق
بصدق وهو ظاهر ولو لم يوجب الشركة لم يشاركه الآخر اذ لا يلزم من الاقرار لاحد المدعيين
استحقاق الآخر بمجرد اشتراكهما في الدعوى فان اقر بالجميع لاحدهما فان اعترف المقر له للآخر
سلم اليه النصف لنفوذ اعترافه بذلك لانتفاء مستحق غيره بقول صاحب اليد وهو المدعى عليه
وان لم يعترف للآخر لم يكن الجميع له الا بعد تصديقه اذ لم يسبق منه الا دعوى النصف
فانه رجع وادعى الجميع بعد ذلك قبل منه قولاً واحداً اذ لم يسبق منه تكذيب فان استحقاق النصف
لا ينافي استحقاق الكل قال لواحد هذين العبدين لزيد طولب بالبيان فان عين قبل فان انكر
زيد حلف المقر ثم يقر الحاكم ما اقتضيه في يده او ينتزعه الى ان يدعيه زيد ✗ انما يحلف المقر
لانه منكر لدعوى زيد واما الاقرار فانه قد كذبه فلا ينتزع المقر به فيبقا المقر او ينتزعه
الحاكم على اختلاف القولين الى ان يرجع زيد عن التكذيب ويثبت مالكه ولو قال لزيد
عندي درهم او دينار فهو اقرار باحدهما فيطالب بالتعيين لانه اوقتضى احدهما
وهو مجهول ولو عكس امكن الزامه بالدينار لانه لا يقبل رجوعه الى الاقل بخلاف الاول
لانه رجوع الى الاكثر كذا قال شيخنا الشهيد في حواشيه وفيه تردد لان الكلام لا يتم
الا باخره وليس ذلك رجوعاً عن الاقل ولو قال اما درهم او درهمان ثبت الدرهم وطولب
بالجواب عن الثاني انما يثبت الدرهم لانه ثابت علي كل من شقي الترديد وما زاد فليس
بمقر به فان ادعي به طولب بالجواب ولو قال لزيد مايه وبنصف ما لعمرو ولعمرو مايه
ونصف ما لزيد فلزيد شي ولعمرو مايه باقل من النصف لان الشركة اعم من النصف فلا
يستلزمه لو قال لزيد مايه ونصف ما لعمرو ولعمرو مايه ونصف ما لزيد فلزيد شي
ولعمرو مايه ونصف شي فلزيد مايه وخمسون وربع شي يعدل شيئاً فالباقي بعد اسقاط
الربع بمثله يعدل ثلثة ارباع شي فالكل مايتان هذا نوع من الاقرار بالمجهول لا يتوقف على
بيان المقر بل يرجع فيه الى القوانين الحسابية التي يستخرج بها المجهولات وقد ذكر المصنف هنا عدة
صور حاصلها يرجع الى اقرار المقر لكل من الشخصين بمقدار من المال وكسر هو جزء مال الآخر
عليه فاما ان يساوي بين المالين والكسرين او بين المالين خاصة او بين الكسرين خاصة

في هذا المثال شركة قبل تفسيره باقل من النصف لان الشركة اعم من النصف فلا يستلزمه لو قال لزيد م

او تفاوت بينهما فانا لا نقدر ان نجعل الكسر النصف والثلث فيهما فاذا قال لزيد عندي
مايه ونصف مال عمرو ولعمرو عندي مايه ونصف مال زيد او بالعكس فقانون الجبر والمقابلة ان نفرض احدهما شيئا مجهولا فلنفرض
مال زيد فيكون لعمرو مايه ونصف شي لان له بمقتضى الاقرار مايه ونصف مال زيد وله شي
على ما فرضنا وح فيكون لزيد مايه وخمسون وربع شي وذلك لان له مايه ونصف مال عمرو وقد تبين
ان لعمرو مايه ونصف شي ونصفها خمسون وربع شي فضممنا الى المايه يكون مايه وخمسين وربع
شي يعدل شيئا كاملا وهو الذي فرضناه لزيد اولا فتكون عنه عبارتان احديهما مشتملة
على العلم به ببعض الوجوه فطريقنا لاستخراجه ان نسقط المجهول من العبارة الثانيه وهو ربع شي
بمثله من العبارة الاولى يبقى مايه وخمسون يعدل ثلثة ارباع شي فاذا قسمنا مايه وخمسين
على ثلثة ارباع شي كان ربع الشي خمسين فالشي الكامل مايتان وهي مال زيد ولعمرو مايه ونصف
ذلك وهو مايتان ايضا   ولو ذكرنا الثلث فلكل مايه وخمسون ولو ذكر الثلث موضع النصف
في المسئلة الاولى فقال لزيد مايه وثلث مال عمرو ولعمرو مايه وثلث مال زيد فلكل منهما مايه وخمسون
لانا نفرض على القاعدة مال زيد شيئا فيكون لعمرو مايه وثلث شي لان له مايه وثلث مال زيد
ولزيد شي على ما فرضنا فيكون لزيد مايه وثلث ذلك وثلث المايه ثلث وثلثون درهما وثلث وثلث
ثلث شي تسع شي فيكون له مايه وثلث وثلثون وثلث وتسع شي تعدل ما فرضناه اولا
وهو الشي فاذا اسقطنا المجهول من هذا الطرف وهو تسع شي بمثله من الطرف الاخر
بقي من الشي وهو ثمانية اتساع فاذا قسمناها عليها كان التسع ستة عشرون وثلثان فالشي
الكامل مايه وخمسون وهي مال زيد ولعمرو مايه وثلثها وذلك مايه وخمسون   ولو قال لزيد
عشره ونصف مال عمرو ولعمرو عشره وثلث مال زيد فلزيد شي ولعمرو عشره وثلث شي فلزيد
خمسة عشر وسدس شي يعدل شيئا سقط السدس بمثله يبقى خمسة عشر يعدل خمسة اسداس
شي فالشي ثمانية عشر هي مال زيد ولعمرو ستة عشر هذه صورة التسوية في الاقرار لهما
بين المالين دون الكسرين وطريقها بعد معرفة ما سبق ظاهر   ولو قال لزيد ستة ونصف
مال عمرو ولعمرو اثنا عشر ونصف مال زيد فلزيد ستة عشر ولعمرو عشرون هذه صورة
التسوية في الاقرار لهما بين الكسرين دون المالين وانما كان لكل منهما ما ذكر لانا نفرض لزيد
شيئا فلعمرو اثنا عشر ونصف شي فلزيد ستة ونصف ذلك فيكون له اثنا عشر وربع شي
يعدل الشي المفروض فاذا اسقطنا ربع شي بمثله بقي اثنا عشر تعدل ثلثة ارباع شي

وهو الشي ابقى من هذا الطرف
مايه وثلثة وثلثون وثلث
تعدل ما بقي من الطرف الاخر

فالشي

فالشيء الكامل ستة عشر وهو مال زيد فيكون لعمرو عشرون لان له اثني عشر ونصف مال زيد
ولو ذكر هنا عوضا النصف في عمرو والثلث فلزيد اربعة عشر وخمسان ولعمرو ستة عشر
واربعة اخماس هذه المشار اليها هي صورة اختلاف الكسرين والمالين معا فالمراد انه لو ذكر
في الصورة المذكورة عوضا النصف في عمرو الثلث بان قال لزيد ستة ونصف مال عمرو ولعمرو
اثنا عشر وثلث مال زيد وانما كان لكل واحد منهما ما ذكره لانا نفرض مال زيد شيئا فلعمرو
اثنا عشر وثلث شيء فيكون مال زيد ستة ونصف ذلك ومجموعه اثنا عشر وسدس شيء
تعدل ما فرضناه اولا وهو الشيء فاذا اسقط السدس بمثله بقي اثنا عشر يعدل خمسة اسداس
شيء فاذا قسمت عليها خرج اثنان وخمسان وهو سدس الشيء فالشيء الكامل اربعة
عشر وخمسان هي مال زيد اذا اخذت ثلثها وهو اربعة واربعة اخماس وضممته الى اثني عشر
كان ستة عشر واربعة اخماس وهو مال عمرو   حكم المستثنى والمستثنى منه متناقضان
فالاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي لم يختلف كلام اهل الاسلام في ان الاستثناء
من الاثبات نفي وانما اختلفوا في عكسه وهو الاستثناء من النفي فالاكثر على انه يفيد
الاثبات وخالف ابو حنيفة في ذلك محتجا بان بين الحكم بالاثبات والنفي واسطة وهي عدم
الحكم فيكون مقتضى الاستثناء بقاء المستثنى غير محكوم عليه بنفي ولا اثبات وهو مردود
بانه لو كان كذلك لم يحصل الاقرار بالتوحيد بقوله لا اله الا الله وهو معلوم البطلان ولا
نتقاضه بالاستثناء من الاثبات فانه لو صح ما ذكره في عكسه لزم في الاستثناء من الاثبات
النفي وهو باطل اتفاقا وموضوع المسألة علم الاصول   الاستثناء المتكرر مع حرف العطف
يعود الى المستثنى منه وكذا لو زاد اللاحق على السابق او ساواه وبدونه يرجع اللاحق
الى السابق اذا تعدد الاستثناء فاما ان يكون مع حرف العطف او لا فان تعدد مع حرف
عود الجميع الى المستثنى منه لوجوب اشتراك المعطوف والمعطوف عليه في الحكم وان لم يكن
معه فاما ان يكون الاستثناء الثاني ناقصا عن الاستثناء الاول او لا بان كان بقدره
او زائدا فان لم ناقصا وجب عود الجميع الى المستثنى منه ايضا لان الاستثناء المستوعب
غير صحيح وان كان ناقصا وجب عوده الى الاستثناء الذي قبله دون المستثنى منه لانه اقرب
والقرب دليل الرجحان ولا يمكن عوده اليهما معا لاختلافهما في الكيف لان الاستثناء من
النفي اثبات ومن الاثبات نفي فيلزم التناقض ولو زاد الاستثناء على الاثنين وتعدد

الفصل الثالث في تعقيب الاقرار بما ينافيه

وموضع

يكن

ستثناء
الثالث الى الثاني للاستغراق عاد الى الاول دون المستثنى منه لمثل ما قلناه   الاقرب عود الا
الى الجملة الاخيرة الاسم القريبة اختلف في ان الاستثناء الواقع بعد الجمل هل يرجع الى الجميع ام يختص
بالاخيرة فقال جمع منهم الشافعي بالاول وقال آخرون بالثاني وهو قول ابي حنيفة وقال السيد
المرتضى بالاشتراك وفصل ابو الحسين بانه ان ظهر الاضراب عن الاولى بان يختلفا نوعا سواء
اتحدت القضية ام لا كقوله اكرم ربيعة والعلماء هم الفقهاء او اسما وحكما ويتحد النوع مثل اكرم ربيعة
واطعم مضر الا الطوال او احدهما وليس للثانية ضمير مثل اطعم ربيعة واطعم مضر واطعم ربيعة
واكرم ربيعة الا الطوال فان الاستثناء يرجع الى الاخيرة وان تعلقت احديهما بالاخرى بان اضمر
حكم الاولى في الثانية مثل اكرم ربيعة ومضر الا الطوال او اسم الاولى مثل اكرم ربيعة واخلع عليهم
الا الطوال عاد الى الجميع وهذا التفصيل حسن الا انه لا يكاد يخرج عن القول الثاني لانه جعل مدار
عود الاستثناء الى الجميع على قرائن الاحوال فالقول الثاني اقوى ووجهه ان التخصيص على
خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع اليقين والعود الى الاخيرة مقطوع به والباقي محتمل فيجب
التمسك فيه بالاصل وهو اجراء اللفظ على ظاهره حتى يتحقق لنا قلعه عنه ولان الظاهر ان المتكلم
لم ينتقل عن الجملة الى غيرها الا بعد استيفاء غرضه منها فلا يستلزم العود الى الجميع اضمار الا
ستثناء في كل جملة او كون العامل فيما بعد الاستثناء متعددا وكلاهما محذور   الاستثناء من
الجنس جائز اجماعا ومن غيره على الاقوى لا ريب ان الاستثناء من الجنس ومن غير الجنس واقع
مثل قوله تع ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض ومثل لا يسمعون
فيها لغوا ولا تاثيما الا قيلا سلاما سلاما وانما الخلاف في كونه حقيقة او مجازا فنصّ العلم في
كتب الاصول الى الثاني واختاره ابن الحاجب وهو اختيار المحققين فان كان مراد العلم بالجواز ان
الحقيقة فعلى العلم لا يجوز استعماله اصلا فليس بجيد لان كونه مجازا لا ينتفي منع استعماله مع
ان وقوعه في القرآن وغيره لا دافع له وان كان مراده بالجواز الحقيقة وبعدمه المجاز فهو صحيح
الا انه يناسب ما بعد ولو قال له الف درهم الا ثوبا فان منعنا المنقطع وجب الالف ينافي ذلك فان
كونه مجازا لا يقتضي لغاه لوجوب المصير الى المجاز مع وجود الصارف عن الحقيقة على انه يمكن رده
الى المتصل فان المتبادر اخراج قيمة الثوب من الالف فيضمر في الاستثناء لفظة قيمة كما نص عليه
ابن الحاجب حكاية عن علماء الامصار والتحقيق ان المنفصل جائز وواقع لكنه مجاز والذي يقتضيه
النظر انه لا يصار اليه الا عند تعذر كون الاستثناء متصلا لان الاصل يقتضي الاخراج كما نص عليه

كالقذف م

او الى الاخيرة م

وتحقيق المسئلة في الاصول م

الاستثناء م

ستثناء م

لحق

اداته صح

فيما يمكن استعمال الكاف في معناها وجب ولو بتقدير شيء يقتضيه المقام وتدل عليه القرائن
وانا تحققته لم يوثر في الاقتداء رشاده كلام المص في كتاب نهج الوصول يوافق ذلك فانه قال في آخر
البحث والحق انه مجاز لحمل فقهاء الامصار قوله له عندي عشرة الا ثوبا على الا قيمة الثوب وبذلك
صرح في التذكرة مع انه فاقد الكلام في الاستثناء قال المص قوله هنا ثم حكى عن ابي حنيفة منع الا
ستثناء من غير الجنس الا في المكيل والموزون والمعدود بعضها من بعض وحكي عن محمد بن
الحسن وزفر واحمد بن حنبل عدم جوازه من غير الجنس مطلقا ثم قال الا انه راجع الى البعيد لان يكون — بلم
قول المص يجوز الاستثناء من غير الجنس على الاقوى في مقابل خلاف ابي حنيفة واحمد ثم تخريج المسا
على القولين وانما يتبادر من كلامه ان يكون الخلاف في ذلك للاصحاب   الاستثناء المستوعب
باطل ويكون ابتداء فرد واحد على الاقوى لما بطلان النصف مع واما استثناء النصف فصاعدا فقد — المستوعب فلا خلاف فيه صح
اختلف الاصوليون في ذلك على اقوال صح منع استثناء ما زاد على النصف منع استثناء النصف منع
الاستثناء ان لم يبق كثرة تقرب من مدلول اللفظ جوازه وان لم يبق الا واحد والكل ضعيف
الا الاخير والاحتجاج بان الاستثناء على خلاف الاصل فيقتصر فيه على القليل لانه في
معرض النسيان ضعيف لان الاستثناء والمستثنى منه كاللفظ الواحد فلا يتفاوت الحال
في الحوالة بكثرته وقلته مع ان استثناء الاكثر واقع وقد حقق ذلك في الاصول   ولو قال له — واذا قال له علي عشرة دراهم الا تسعة لزمه واحد بالعموم صح
عشرة الا تسعة الا ثمانية فهو اقرار بتسعة لان الاستثناء الاول نفي والثاني اثبات بناء
على القاعدة السالفة   ولو عد الى الواحد فهو اقرار بخمسة لان الاول ينفي تسعة من العشرة
والثاني يثبت ثمانية فيكون المقر به تسعة وبالثالث يكون المقر به اثنين وبالرابع ثمانية وبالخامس
ثلثة وبالسادس سبعة وبالسابع اربعة وبالثامن ستة وبالتاسع خمسة ولو عكس فقال له علي
عشرة الا واحدا الا اثنين الا ثلثة الى التسعة بقي واحد فان قيل الاستثناء الواقع بعد — ستثناء صح
اذا كان مستغرقا عاد الى المستثنى منه وح يكون الاول والثاني والثالث احد عشر من العشرة
فالرابع ان كان من العشرة فالجميع ايضا كان مستغرقا فيبطل وكذا ان كان مما قبله فكيف يبقى
الواحد قلنا هو استثناء من مجموع ما قبله من المثبتات فان قيل لا يعود الاستثناء من الدرهم
ولا مع غيره كما سيأتي عن قريب في كلام المص قلنا سيأتي ان شاء الله تع ان ما ذكره ضعيف
وبتقدير صحته فالاستثناء من الثاني والثالث ومجموعهما خمسة وانا تعدد الاستثناء من
الاستثناء السابق بلا فصل فيعود الاستثناء منه ومما قبله وح تكون الاربعة المثناة حقيقة قد

بالسادس م

بقي من العشرة اربعة وبذلك ثمانية وبالاستثناء الخامس يبقى ثلثة ويصير تسعة على ما قررناه وبالسابع يبقى اثنان وبالثامن عشرة وبالتاسع واحد ولو عد الى الواحد ثم الى التاسع بقي واحد وطريق ذلك معلوم مما ذكر لان كل استثناء لا يستوعب ما قبله نفي منه ومثبت فهو منه ومما قبله ايضا بمرتبة فصاعدا فالاثنان استثناء من الواحد وما قبله وكذا البواقي وقد اشار المص الى ضابط ذلك بقوله والضابط اسقاط جملة المنفي من جملة المثبت بعد جمعهما فالمخرج الباقي وبهذا الضابط يتناول ما ذكره المص وما ذكرناه وغير ذلك من الصور وجملة المثبت ثمانية وعشرون وجملة المنفي سبعة وعشرون وفي الصورة الثانية جملة المثبت خمسون وجملة المنفي تسعة واربعون لانك تضم الاثنين الى الثلثين ثم الاربعة ثم الستة ثم الثمانية في المثبت ويضم الثلثة الى الخمسة والعشرين ثم الخمسة ثم السبعة ثم التسعة وبذلك ما ذكرناه وهو عدد الله واضح ولو قال له علي عشرة الا اثنين والا واحد فهو اقرار بسبعة لما عرفت من ان الاستثناء مع حرف العطف يعود الى المستثنى منه ولو قال له عشرة الا اثنين الا اثنين لزمه ستة لان الاستثناء المستغرق للاستثناء الذي قبله يعود الى المستثنى منه كما تقدم ولو قال الف الا درهما فان سوغنا المنفصل طولب بتفسير الالف وقبل اذا بقي بعد الاستثناء شيء ولو لم يبق احتمل بطلان التفسير والاستثناء والا فالجميع دراهم اي لو قال له عندي الف الا درهما بناء على ما تقدم فان سوغنا الاستثناء المنفصل لم يلزم من استثناء الدرهم كون الالف دراهم فيطالب بتفسير الالف فان فسرها بشيء يبقى بعد اخراج الدرهم منه بقية قبل تفسيره ولو لم يبق فيه احتمالان احدهما بطلان التفسير هنا خاصة لبقاء الحكم بصحة الاستثناء ولان الخلل انما هو في التفسير خاصة فلا يبطل الاستثناء ببطلانه والثاني بطلان الاستثناء ويلزمه الالف لانه يتبين ان ما اراد باللفظ يجري مجرى ما لو تلفظ به من اول الامر وهذا اقوى لاتصال مراده بالاستثناء فيما بينه وهو مختار ابن الجنيد وان لم نسوغ الاستثناء المنفصل اي لم نقل بكونه حقيقة فجميع الالف دراهم لان المجاز على خلاف الاصل والحقيقة هنا ممكنة فلا وجه للعدول الى المجاز واعلم ان قول المص فان سوغنا المنفصل طولب بتفسير الالف الخ فيه اشكال وذلك لان تسويغ المنفصل ان اريد به جواز استعماله في الجملة او كونه حقيقة كما قررناه وعلى كل واحد من التقديرين لا يستقيم ما ذكره اما على الاول فلان تسويغ المنفصل في الجملة لا يستلزم كون الالف مجهولة ليطالب بتفسيرها لانه انما يعدل

في الصورة التي ذكرها ثلثون وجملة المنفي خمسة وعشرون و في الصوره الاولى التي ذكرناها جملة المثبت م

ايضا م

الى المجاز

الى المجاز عند تعذر الحقيقة والمتصل ممكن هنا وعلى فرض تسليم ذلك لا يستقيم قوله
وقيل انا بقي بعد الاستثناء شيء الخ وذلك لان الاستثناء المنفصل لا اخراج فيه اصلاً
لان ما بعد الا غير داخل فيما قبلها حتى نجوزناه كان ما قبل الا بحاله واما على التقدير الثاني
فانه اذا كان حقيقة وجب الحمل عليه ولم يجز التقدير ليصير الاستثناء منفصلاً وح فلا معنى
لقوله وقيل اذا بقي بعد الاستثناء شيء بل هو ساقط كما لا يخفى فليتامل ولو قال له الف
درهم الا ثوباً فان منعنا المنقطع وجب الالف والا طولب ببيان قيمة الثوب فان استوعب بطل
التفسير فيطالب بغيره او الاستثناء على الاحتمال اي ولو قال له علي الف درهم الا ثوباً فان
منعنا الاستثناء المنقطع الغي استثناؤه ووجب الالف وان سوغناه طولب ببيان قيمة الثوب
فان استوعب بطل التفسير خاصة على اصح الاحتمالين وبطل الاستثناء على الاحتمال
الاخر وقد سبق انه اقوى لكن على ما نبهنا عليه في تحقيق كون الاستثناء من غير الجنس سايغاً
اولا لا يستقيم هذا البناء لان منع المنقطع لا يقتضي الغاء الاستثناء هنا لامكان ان
يقدر في الاستثناء لفظة قيمة فيصير متصلاً ونحو الحكي سابقاً عن علماء الامصار ويتوقعه
ان كان على وجه المجاز فالامر هينا وحينئذ جعله منقطعاً اذ لا مخالفة للاصل هنا الا
في تقدير كلمة قيمة واما اذا فرض منقطعاً فان الامر في غيرهما منقطع عاقبته واجبي
منه مع ان الاستعمال في غير موضعها وتقدير غيرها تكلف كونه اولى فلا معنى لكون التفسير
مستوعباً وعدمه اذ لا اخراج هنا وكذا لو جوزناه حقيقة فلا يستقيم ما ذكره بحال وقد قال
في التذكرة في مسئلة الاستثناء حقيقة في الجنس مجاز في غيره لتبادر الاول الى الفهم دون الثاني
ولان الاستثناء اخراج وانما يتحقق في الجنس وفي غيره يحتاج الى تقدير ومع هذا اذا استثنى
من غير الجنس سمع منه وقبل وكان عليه ما بعد الاستثناء فاذا قال له علي الف درهم الا
ثوباً او الا عبداً صح عند علمائنا وبه قال الشافعي ومالك وحكى عن ابي حنيفة منعه في غير المكيل
والموزون والمعدود كما قدمناه عن احمد المنع مطلقاً ثم انه في المسئلة التي تلي هذه قال انه
اذا ثبت صحة الاستثناء من غير الجنس وجب في المثال المذكور ان يبين قيمة الثوب والعبد
وساق الكلام الى اخره وحكى قول الاحتمالين مع استيعاب التفسير عن الشافعية ولا
يخفى ان هذا مخالف لما قدمناه من كلام الاصوليين وما قدمناه من صحة الاستثناء واعتبار جله
يقتضي الحاقه بالمتصل هو المختار ويرجع اليه في تفسير قيمة الثوب فان استوعب بطل الا

ولو قال الف الا شيئاً كلف تفسيرهما لانهما مجهولان ولا يبطل الاستثناء لانتفاء الاستغراق فان

فسر بالمستوعب ففي بطلان التفسير او الاستثناء الوجهان ولو قال له ثلثة الا ثلثة بطل

الاستثناء هذا اذا اراد ثلثة دراهم الا ثلثة دراهم مثلاً اما اذا اطلق الثلثة فان نوى الجنس

ان الاستثناء لا يبطل لان الاستغراق وعدمه انما يتحقق بعد تعيين الثلثة في كل من المستثنى

والمستثنى منه فان فسر بالمستوعب اطرد الوجهان وكذا له درهم الا درهماً اي يبطل الا

ستثناء وهو ظاهر للاستغراق ولو قال له درهم ودرهم الا درهماً قيل نحكم بعوده الى

الاخيرة فيبطل والاصح وليس بمعتمد القول المحكي قال الشيخ وابن دريس ووجهه انه على القول

بعود الاستثناء بعد الجمل الى الاخيرة يكون مستوعباً بخلاف ما اذا قلنا بعوده الى الجميع فانه

فيقوى له درهمان الا درهماً فقوله الثم وليس بمعتمد يحتمل امرين احدهما بطلان الاستثناء على

كل تقدير من التقديرين والثاني صحته على كلا التقديرين والذي صرح به في المختلف هو الاول

محتجاً بان صحة الاستثناء هنا تستلزم التنقض والرجوع عن الاعتراف ولهذا لو قال جاءني زيد

وعمرو وخالد الا زيداً لم يصح لاشتماله على التنقض ويصح لو قال له عندي درهمان الا درهماً

لانه يكون نفياً لجزء من الدرهمين فلا يكون نقضاً وحاصل استدلاله ان الدرهم على معناه نصاً

كما يدل زيد على معناه نصاً فاذا قال له درهم ودرهم كان كما لو قال زيد وزيد فيمتنع استثناء

درهم وزيد اذ لا يكون الا مستغرقاً وفيه نظر لان دلالة لفظ الدرهم على مسماه ليست كدلالة

زيد على مسماه لانه علم فلا يمكن ان يراد بالاسم بعض مسماه واما الدرهم فان اطلاقه على بعض

مسماه من باب اطلاق اسم الجزء على الكل لا مانع منه فيكون دلالته على مسماه ظاهراً لا نصاً

فلا يلزم نقض وانما يلزم استعمال كل من الدرهمين في غير مسماه ثم بناء الشيخ الصحة على عود الا

ستثناء الى جميع الجمل والبطلان على عدمه غير ظاهر لان الاستثناء انما يختص بالاخيرة

اذا لم يستغرق اما هو معه فيجب عوده الى الجميع كما يجب عوده الى المستثنى منه لو كان مستغرقاً

للاستثناء ووجهه ان قرينة المقام تقتضي عوده الى الجميع والاختصاص بالاخيرة انما هو

مع عدم الحجة القرينة وليس عود الاستثناء الى الاخيرة خاصة على القول به لكونه حقيقة

في ذلك فيمتنع حمله على المجاز بدون قرينة سوى امتناع الحمل على الحقيقة فان ذلك لا يكفي في التجوز

بل لان مخالفته للاصل اقل من مخالفة عوده الى الجميع له فاذا لزم الالغاء قد كان اشد مخالفة للاصل

فيجب ان يصان عنه لهذه بما قلناه واعلم ان مقتضى كلامهم ان له درهم ودرهم جملتان

وكانه بالنظر الى ان واو العطف يتوجب عن العامل   ولو قال له ثلثة الا درهمان الا درهمين فانه
يصح بلا اشكال في ذلك لان امتناع عود الاستثناء الى الاخير يوجب عوده الى الاول او الى
الجميع ويلزم الشيخ بناء الصحة هنا وعدمها على التوليف بعود الاستثناء الى الجميع او الى الاخير
والا ثبت صحة له درهمان ودرهمان الا درهمين لان الاستثناء انما يرجع الى الاخير اذا لم
يوجد قرينة الرجوع الى الجميع فان قيل لا قرينة هنا فان تعذر الحمل على الاخير لا يعد قرينه
لان تعذر الحقيقه لا يكفي في الحمل على المجاز ولا يكون ذلك قرينة ارادته بل لا بد من اخرى يدل على ارادة ادرم
المجاز لجواز الغفلة عن تعذر الحقيقه وعدم ارادة المجاز قلنا قد بينا ان الحمل على
عود الاستثناء الى الجملة الاخيرة ليس من باب الحقيقه بل لان مخالفة الاصل معه اقل فاذا عارض
ذلك امر مخالفته للاصل اكثر وهو الغاء الاستثناء وجعله هذرا تعين ارتكاب العود الى الجميع
وليس ببعيد اطلاق المرتبة على هذا لو سلم ويحتمل ضعيفا العدم لانه لما امتنع عوده الى الاخير
وجب الغاؤه لان ارتباطه انما هو بالاخير دون ما عداهما وضعفه معلوم مما سبق وما قربه
المص هو المختار   ولو قال له ثلثة الا درهما ودرهما ودرهما احتمل قويا بطلان الاخير وضعيفا الجميع وورهام
وجه الاول ان الاستثناء الاول والثاني لا مانع من صحتهما لانهما غير مستغرقين وانما
يلزم الاستغراق بالاستثناء الثالث فيجب ان يختص بالبطلان وهو الاصح ووجه الثاني
ان كل واحد واحد غير مستغرق وانما المستغرق الجميع وضعفه ظاهر لان الاول والثاني قد
نفذا فكان الثالث مستغرقا فاختص بالبطلان   ولو قال له ثلثة الا ثلثة الا درهمين
احتمل بطلان الاول المستوعب والثاني المتفرع عليه وبطلان الاول خاصة فيعود الثاني
الى المستثنى منه لبطلان ما بينهما فيلزمه درهم وصحتهما فيلزمه درهمان لان ثلثة الا درهمين
في مقام درهم هو المستثنى من الاقرار اذا قال له عندي ثلثة الا ثلثة الا درهمين فهنا احتمالات
الاول بطلان كل من الاستثنائين الاول لاستيعابه والثاني لتفرعه عليه فانه استثناء
منه فيلزمه الثلثة وقد اشار اليه المص بقوله المستوعب والمتفرع الى دليل البطلان في كل منهما
الثاني بطلان الاول خاصة فيعود الثاني الى المستثنى منه لان الاول هو المستغرق فيختص
بالبطلان والثاني انما يتفرع عليه لو كان صحيحا اما مع البطلان فلا يتصور الاستثناء منه
بل يعود الثاني الى المستثنى منه فيلزمه درهم الثالث صحتهما فيلزمه درهمان ووجهه
ان المستثنى بالاول هو ما يبقى بعد الاستثناء الثاني وهو درهم فان ثلثة الا درهمين في

فوقه درهم فكانه قال له ثلثه الا ما بقي من ثلثه مستثناه بعد استثناء درهمين منها فلا استغراق هنا وتنقيحه ان المستثنى والمستثنى منه كلام واحد لا يتم اوله الا باخره فلا يعتبر المستثنى الاول من دون اعتبار الثاني كما نقول في قوله علي عشره الا درهما ان المحكوم بثبوته هو العشرة المخرج منها درهم الا انه حكم بثبوت مجموع العشرة ثم حكم باخراج درهم منها لان ذلك يقتضي كون الدرهم محكوما بثبوته وبعدمه وهو تناقض والتالث قوي والاستثناء من العين صحيح كقوله هذه الدار لزيد الا هذا البيت وهذا الخاتم له الا فصه كما يصح الاستثناء من الاعداد المطلقه يصح من الاعيان فاذا قال هذه الدار لزيد الا هذا البيت وهذا الخاتم له الا هذا الفص وهذه العبيد الا هذا الواحد صح عندنا وعند اكثر الشافعيه لانه بمنزلة الاستثناء من الاعداد المطلقه من غير تفاوت ومنع بعضهم صحة الاستثناء هنا لانه غير معتاد ولا معهود ولانه اذا اقر بالعين كان ناصا على ثبوت الملك فيها فيكون الاستثناء رجوعا ويضعف بان الاقرار انما هو بما بعد الاستثناء فلا يلزم الرجوع ولو قال له هذه العبيد الا واحدا فله التعيين فلو ماتوا الا واحدا فقال هو المستثنى قبل وذلك لان المقر به لم يكن له سوى الحلف ولو قال له عشره الا درهم بالرفع لزمه العشره وذلك لان الا هنا صفة بمعنى غير وقد صرح ابن هشام في المغني انه لا يشترط وقوعها بعد جمع وحكي عن سيبويه لو كان معنا رجل الا زيد لغلبنا وحكي عن النحاة اذا قال له عندي عشرة الا درهما فقد اقر له بتسعه فان قال الا درهم فقد اقر له بعشره قال وسره ان المعنى حينئذ عشره موصوفه بانها غير درهم ولو قال ما له عندي عشره الا درهم فهو اقرار بدرهم وذلك لان رفع المستثنى مع كون المستثنى منه مذكورا انما يكون في الاستثناء من غير الموجب فرفع المستثنى دليل على كون العشره منفيه فيكون الدرهم مثبتا لان الاستثناء من النفي اثبات ولو نصب لم يكن اقرارا بشي وذلك لان نصبه دليل على كون المستثنى منه موجبا وانما يكون كذلك اذا كان حرف النفي وهو ما داخلا على الجملة كلها اعني مجموع المستثنى والمستثنى منه فكانه قال المقدار الذي هو عشرة الا درهما ليس له علي لان عشره الا درهما في قوة تسعه فقد نفى ثبوت التسعه ولو قال هذه الدار لزيد وهذا البيت لي فهو كالاستثناء اي فيكون المقر به هو الدار سوى البيت ووجهه ان اول الكلام انما يتم باخره وليس فقوله هذا البيت انكارا لما اقر به ولا رجوع لان المقر به هو ما بعد البيت ولا فرق بين ادوات الاستثناء مثل له عشره سوى درهم او ليس او خلا او عدا او ما خلا او ما عدا او لا يكون او غير درهم بالنصب

الا واحدا او ص

توا

[illegible]

ولو رفع

ولو رفع فهو وصف ان كان عارفاً . والا لزمه تسعه اما انه لا فرق بين ادوات الاستثناء فهو
ظاهر لا فادة كلها ما يفيده الا وقد عرفت ان الاستثناء بغيرها في الاقرار فلا يختلف الحال
باختلاف ادواته فلو قال لعشره سوى درهم او خلا او عدا درهم او ما خلا او ما عدا درهماً او لا
يكون درهماً وكذا غير درهم بالنصب ولو رفع فهو وصف وذلك لان اعراب غير اذا كانت
للاستثناء كالاعراب ما بعد الا فاذا قال عشره غير درهم بالنصب كانت للاستثناء اذ لو اتي
بالا فقال الا درهماً لوجب النصب فلو رفع في مثل ذلك امتنع ان يكون للاستثناء بل يكون وصفاً
فتجب العشرة هذا ان كان عارفاً بالقانون العربي والا لزمه تسعه لان مثل ذلك يراد به الاستثناء
عرفاً ولا ينظر الى حال الاعراب وعلى هذا ينبغي ان يقال في مثله عشره الا درهم بالرفع هذا
التفصيل وكذا كلما جرى هذا المجرى ويشترط في الاستثناء كله الاتصال اي الاتصال عادة
فلا يضر التنفس والسعال والسكوت لطول الكلام ونحو ذلك وعن ابن عباس انه يجوز التاخير شهراً

ولو قال لزيد سته الا نصف ما لبكر ولبكر سته الا نصف ما لزيد فلزيد شئ ولبكر سته الا
نصف شئ فلزيد سته الا ثلثه يعدل ثلثه ارباع شئ لانه تسقط الربع في مقابلة الربع المستثنى
فاذا جبرت وقابلت صارت سته تعدل ثلثه وثلثه ارباع شئ فاذا اسقطت ثلثه بمثلها بقي
ثلثه تعدل ثلثه ارباع شئ فالشئ اربعه فلكل منهما اربعه هذا من قبيل الاقرار بالمجهول الا ان
فيه استثنا وقد ذكر المص صورة اتفاق المالين والاستثناء اتفاقهما دون الاستثنا اختلافهما
وختم بالعطف في احديهما التخصيص المتقدمها والاستثنا في الآخر اما الاولى فاذا قال لزيد سته الا
نصف ما لبكر ولبكر سته الا نصف ما لزيد فلزيد شئ ولبكر سته الا نصف شئ نصفها ثلثه الا ربع
فلزيد سته الا ثلثه الا ربع شئ فله سته وربع شئ الا ثلثه يعدل شيئاً كاملاً تسقط ربع شئ بمثله
من الشئ يبقى سته الا ثلثه تعدل ثلثه ارباع شئ وهي ما ذكره المص وعلله بانه تسقط الربع في مقابلة
الربع المستثنى فاذا جبرت المستثنى منه وهو سته بالاستثناء وهو ثلثه صارت ثلثه كامله وقابلت بان
زدت على ثلثه ارباع شئ ثلثه صارت سته تعدل ثلثه وثلثه ارباع شئ فاذا اسقطت المشترك
وهو ثلثه من الجانبين بقي ثلثه تعدل ثلثه ارباع شئ فالشئ اربعه وان شئت ان تقول سته الا
ثلثه الا تعدل ثلثه ارباع شئ فثلثه يعدل ثلثه ارباع شئ لان سته الا ثلثه ثلثه لا محاله وان شئت
ما قلنا الا مر قلت فلزيد سته الا ثلثه الا ربع شئ يعدل شيئاً كاملاً فاذا اسقطت المستثنى وهو
ثلثه من سته بقي ثلثه فيكون ثلثه وربع شئ يعدل شيئاً كاملاً فاذا اسقطت ربع شئ بمثله

من الشيء يبقى ثلثه يعدل ثلثة ارباع فالشيء اربعة وهي ما لزيد ولبكر ستة الا نصف الاربعة وهو اثنان بعد
ذلك طريق آخر وهو ان نفرض لزيد شيئين لاستثناء النصف منه ونسقط نصفهما من الستة المضافة
الى بكر فيكون لستة ناقصة شيئا ناخذ نصف ذلك وهو ثلاثة ناقصة نصف شيء ونزيده على ما فرضناه
لزيد وهو شيئان يكون ثلاثة وشيئا ونصفا تعدل ستة نسقط ثلاثة بثلاثة يبقى ثلاثة في مقابلة شيء ونصف
فالشيء اثنان فلزيد اربعة ولبكر ستة الا نصفها   ولو قال لزيد عشرة الا نصف ما لبكر ولبكر عشرة
الا ثلث ما لزيد فلزيد شيء ولبكر عشرة الا ثلث شيء فلزيد عشرة الا خمسة تعدل خمسة اسداس شيء
فاذا جبرت وقابلت صار عشرة تعدل خمسة وخمسة اسداس شيء فاذا اسقطت خمسة بمثلها بقي خمسة
تعدل خمسة اسداس شيء فالشيء يعدل ستة فهي لزيد ولبكر ثمانية فقد علم هذا الطريق وما حذف
منه وهو سدس شيء مما مضى وبطريق آخر نفرض لزيد ثلثة اشياء لاستثناء الثلث منه ونسقط
ثلثيها من العشرة المضافة الى بكر فيكون لعشرة ناقصة شيئا ناخذ نصفها وهو خمسة ناقصة نصف
شيء ونزيده على ما فرضناه لزيد وهو ثلثة اشياء يكون خمسة وشيئين ونصفا يعدل عشرة يسقط خمسة
بخمسة يبقى خمسة في مقابلة شيئين ونصف فالشيء اثنان فلزيد ستة ولبكر عشرة الا ثلثها وطريق آخر
وهو ان يقول استثنى من احدهما لا فائدة النصف ومن الآخر الثلث فيضرب مخرج احدهما في مخرج
الآخر يكون ستة ثم ينظر في الجزء المستثنى من الاقرارين وكلاهما واحد فيضرب
واحدا في واحد يكون واحدا تنقصه من الستة يبقى خمسة فتحفظها وتسميها المقسوم عليه ثم يضرب ما يبقى
من مخرج كل من الجزئين بعد اسقاطه في مخرج الآخر بان يضرب ما يبقى من مخرج النصف بعد النصف
وهو واحد في مخرج الثلث يحصل ثلثة يضربها في العشرة المذكورة في الاقرار يكون ثلثين يقسمها
على العدد المقسوم عليه وهو خمسة يخرج نصيب الواحد ستة فهي ما لزيد ويضرب ما يبقى من مخرج
الثلث بعد الثلث وهو اثنان في مخرج النصف وهو اثنان يكون اربعة تضربها في العشرة يكون
اربعين تقسمها على الخمسة يخرج ثمانية وهي ما لبكر   ولو قال لزيد عشرة الا ثلث ما لبكر ولبكر
خمسة عشر الا نصف ما لزيد فلزيد شيء ولبكر خمسة عشر الا نصف شيء فلزيد عشرة وسدس
شيء الا خمسة تعدل شيئا نسقط السدس بمثله يبقى خمسة تعدل خمسة اسداس شيء فالشيء ستة
لزيد ولبكر اثنا عشر وقد صرح الشارح هنا بانه يصير لزيد بعض الشيء على خلاف ما فعله في الصورتين
السابقتين والامر ظاهر وبالطريق الثاني يفرض لبكر ثلثة اشياء لاستثناء الثلث منه
يسقط ثلثيها من العشرة المضافة الى زيد يكون لعشرة ناقصة شيئا ناخذ نصف ذلك وهو خمسة

الا نصف

الا نصف شيء وتزيده على ما فرضناه لبكر وهو ثلثه اشيآء يكون خمسة وشيئين ونصفا يعدل
خمسة عشر يسقط خمسة بمثلها يبقى عشرة في مقابلة شيئين ونصف فالشيء اربعة فلزيد ستة ولبكر
خمسة عشر الا نصفها وهو اثنا عشر وبالطريق الثالث يضرب ما يبقى من مخرج النصف بعد اسقاطه
مخرج ستة هي ما لزيد ثم تضرب الباقي من مخرج الثلث بعد اسقاطه وهو اثنان في مخرج النصف
يكون اربعة يضربها في خمسة في مخرج الثلث ثم يضرب الحاصل وهو ثلثة في عشرة ثم يقسمها على
خمسة عشر يحصل ستون تقسمها على خمسة يخرج اثنا عشر هي ما لبكر ولو اقر لاحدهما بمثل
الآخر وعطف في احدهما بالنصف واستثناه من الآخر فلذي العطف ثلثة امثال ما للآخر
مثاله لزيد عشرة ونصف ما لعمرو ولعمرو عشرة الا نصف ما لزيد فرض ما لزيد شيئا فلعمرو عشرة
الا نصف شيء فلزيد خمسة عشر الا ربع شيء تعدل الشيء المفروض ولانا اذا جبرت المستثنى
منه بالمستثنى صار خمسة عشر فنزيد على الشيء ربع شيء فيكون خمسة عشر يعدل شيئا وربعا
فالشيء اثنا عشر لزيد ولعمرو اربعة اذا عطف ببل فان كانا معينين ومختلفين لم يقبل
اضرابه ولزمه الامران ووجهه ان الاضراب انكار للاقرار فان بل اذا تقدمها ايجاب تجعل ما قبلها
كالمسكوت عنه فلا يحكم عليه بشيء واثبات الحكم لما بعدها والانكار بعد الاقرار لا يسمع مثال المعينين
ما سيأتي في قوله فلو قال له هذا الدرهم بل هذا فيلزمه كلاهما لان الانكار بعد الاقرار لا يقبل
واحد الشخصين غير الآخر قطعا غير داخل فيه ومثال المختلفين ما سيأتي في قوله او قفيز حنطة
بل قفيز شعير ووجه لزومهما معا مثل ما سبق من ان احد المختلفين غير الآخر وغير داخل فيه
واوجب ابن الجنيد ما بعد بل في المختلفين دون ما قبلها وليس بشيء ولو كانا مطلقين او واحد
لزمه واحد او الاكثر ان زيد لزمه واحد لا ان استوى ما قبل بل وما بعدها وان اختلفا لزمه
الاكثر وقد اعاد بعض صور المسئلة بقوله ولو قال له هذا الدرهم بل درهم او درهم بل هذا الدرهم
لزمه المعين ويحتمل لزوم الدرهمين ولو قال له درهم بل درهم لزمه واحد ويحتمل اثنين لا
ستدعاء الاضراب المغايرة اما وجه لزوم واحد مع استواء ما قبل بل وما بعدها فلانهما
مطلقات فلا يمتنع ان يكون ما قبلها هو ما بعدها او داخلا فيه ولاصالة برائة الذمة ولا
دليل على ان احدهما منفصل عن الآخر ولما وجه احتمال لزوم اثنين في هذه الصورة فلان
الاضراب يقتضي المغايرة لامتناع كون الشيء الواحد محكوما عليه مسكوتا عنه ورد بانه يجوز
ان يقصد الاستدراك لزيادة فيذكر انه لا حاجة اليه ولا زيادة عليه فلم يستدرك بل اعاد الاول

في مخرج الثلث ثم يضرب الحاصل وهو ثلثة في عشرة ثم يقسمها على
صح

المطلب الثاني في الاستثناء وفيه مباحث

هام

وفيه نظر لان ذلك يقتضي كون بل ليست في موضعها ولقائل ان يقول ان شرط صحة استعمال بل مغايرة
ما قبلها لما بعدها فكما انه لا يصح ان يقال جاء رجل بل رجل بتاويل ان احدهما الطويل غير الاخر اذ الغرض
منها افهام السامع الحكم على الثاني وعدمه على الاول ومع الاطلاق لا يحصل الغرض فكذا لا يصح له
درهم بل درهم فيكون الاضراب لاغيًا لانتفاء شرطه وارتكاب التاويل مع انه غير مصحح للاضراب فيه
شغل للذمة بريئة بارتكاب التاويل هذا مع الاستواء فاما اذا كان احدهما اكثر ومعينا دون الاخر
فان المغايرة بالاكثرية والتعيين كافية في صحة الاضراب ولا يلزم وجوبا الاقل والاكثر معا ولا المعين م للمعين
وغيره مع ذلك لان الاقل يحتمل دخوله في الاكثر لصحة ان يقال له عشرة بل بعضها او له خمسة بل زايد عليها في
احتمال كل من الامرين وعدم استدعاء بل واحدًا منهما فالتمسك باصالة برائة الذمة ينفي وجوب الزايد
ومثله المطلق والمعين لان المطلق من محتملاته المعين فكيف يتحتم وجوبهما ويكفي لصحة العطف ببل
تغايرهما بالاطلاق والتعيين اذ يصح ان يقال درهم يمكن ان يكون هذا وغيره بل هذا الدرهم
فعلى هذا الاحتمال في المسئلتين ضعيف وقول المص لاستدعاء الاضراب بيان لوجه الاحتمال في المو ضعيف م

ولو قال له درهم بل درهمان لزمه درهمان قد اندرجت هذه المسئلة في قوله ولو كانا مطلقين
او احدهما لزمه واحد او الاكثر وقد ذكرنا فيهما مستوفا لكن سوق العبارة يشعر بعدم تطرق احتمال
لزوم الثلثة هنا وليس كذلك بل المغايرة التي ادعاها ان تم الاستدلال بها على لزوم كلا من المعين
والمطلق اقتضت لزوم ثلثة هنا بغير تفاوت وقد حكي في التذكرة القول بوجوب الثلثة هنا عن زفر
وداود ولو قال له هذا الدرهم بل هذان لزمه الثلثة وجهه معلوم مما سبق وكذا لو قال قفيز
شعير بل قفيزان حنطة اي يلزمه ثلثة اقفزة للاختلاف في الجنس ولو قال له عشرة لا بل
تسعة لزمه عشرة بخلاف الاستثناء الفرق بين الاستثناء والاضراب سواء كان مع حرف السلب
او بدونه ان الاستثناء من متممات الكلام وذلك لان المحكوم بثبوته هو المستثنى منه المخرج منه
المستثنى فلا يحصل الحكم بثبوته الا بعد تمامه باخراج المستثنى منه واما الاضراب ببل بعد الايجاب تعلق م
فانه يجعل ما قبلها كالمسكوت فهو رجوع عن الحكم السابق وانكار للاقرار المتقدم فان كان معه
حرف السلب فهو نقيض ما تقدم ولا ريب ان انكار الاقرار والسكوت عنه غير مسموع ولعلم ان والرجوع
ما ذكر من الاحتمال في المسئلتين السابقتين آت هنا وقد حكي نظير ذلك في التذكرة قولا عن
زفر وداود ولو عطف بلكن لزمه ما بعدها اذ لا يعطف بها الا بعد النفي فلو قال ما له عشرة لكن
خمسة لزمه خمسة لا ريب ان لكن يعطف بها بعد النفي ويجب النفي واجاز بعض النحاة العطف بها

بعد النفي نحو قال ماله وبعد النهي واجاز بعض النحاة العطف بها بعد الايجاب نحو اكرم اذلا كلا
الا بعد النفي مراده به انه لا يعطف بها فيما لا اقرار حيث يكون ما بعدها اقرار الا بعد النفي وذلك
حق لوجوب مغايرة ما قبلها لما بعدها نفيا واثباتا اذا كان في يده شي على ظاهر التملك
فقال هذا الشي لزيد بل لعمرو وقضي به للاول ويغرم قيمته الثاني اما الحكم الاول فلعموم اقرار
العقلا على انفسهم جاير واما الثاني فلانه قد حال بين عمرو المقر له وبين الشي المقر به باقراره
لزيد فيجب ان يغرم القيمة له للحيلولة الموجبة للغرم وعن ابن الجنيد فيما اذا قال هذه الدار لزيد
لا بل لعمرو انه ان كان المقر حيا سيل عن مراده وان كان زيد وعمرو بمنزلة متداعيين لشي هو في
يدهما فياخذه ذو البينة ومع عدمها فالحالف فان حلفا اقتسماه والاصح الاول تو كـ وكذا غصبته
من زيد بل من عمرو وعلى اشكال اي وكذا يقضي بالشي الذي في يده على ظاهر التملك اذا قال غصبته
من زيد بل من عمرو لزيد ويغرم لعمرو قيمته على اشكال ينشا من عدم التنافي بين الاقرارين وصدق
الغصب من ذي اليد وان لم يكن مالكا فربما كان احدهما صاحب يد باجارة ونحوها والاخر مالكا فلا
يكون مالكا فيحكم به للاول لسبق الاقرار باليد له ولا يغرم للثاني لانتفاء ما يدل على كونه مالكا
فان الغصب منه لا يستدعي ذلك ومن ان الغصب موجب للرد والضمان فيقتضي الاقرار
باستحقاق كل منهما ذلك ولان الاقرار بالغصب اقرار باليد للمغصوب منه وهي تقتضي الملك فيكون
مقرا لكل منهما بما يقتضي الملك ولانا لا نقول بالغصب ما ان يقتضي الاقرار بالملك ولا فان
لم يقتضيه لم يجب الدفع في صورة النزاع الى زيد لعدم دليل يدل على كونه مالكا وان اقتضاه وجب
الغرم لعمرو لاستواء الاقرار بالنسبة اليهما فان قيل نختار الشق الثاني من الترديد ووجوب
الدفع الى زيد لثبوت استحقاقه اليد بغير معارض ما الاقرار لعمرو وبذلك فانه غير نافذ بالنسبة
الى الغير لاستحقاقه زيدا اياها بسبق الاقرار له ولا بالنسبة اليه لانتفاء دلالة الغصب
على كونه مالكا والاصل براءة الذمة قلنا الاقرار بالغصب اقرار باليد وهي ظاهرة في الملك ولهذا
يجوز ان يستند الشاهد ان في الشهادة بالملك الى اليد كما سياتي في موضعه ان شاء الله تعالى
ل م فيجري مجرى ما لو اقر بالملك لاحدهما ثم للاخر وبه نو ق واعلم انه قد اعتمد بعضهم كون الاشكال
في المسئلة الاولى ايضا لان الاقرار الثاني اقرار بملك العين فلا ينفذ او غصبته من زيد لا بل
من عمرو او غصبته من زيد وغصبه زيد من عمرو وسوق العبارة يشعر بان الاشكال انما هو في المسئلة
السابقة دون ما بعدها فلا يكون عنده في هاتين المسئلتين وما بعدهما اشكال ما فان كان

واعلم انه قد اعتمد بعضهم كون الاشكال
في المسئلة الاولى ايضا لان الاول
الثاني اقرار بملك العين
ملا سعد ٤

الاحتمال بحسب الواقع قايما ووجه الغرم يعلم مما سبق في المسئلة السابقة ووجه الترجيح هنا انه لما
نفى الغصب من زيد المقر به بقوله ان كان رجوعا عن الاقرار الى الانكار فلم يكن مسموعا فصح الاقرار
الاول ووجب ان ينفذ للثاني ووجب الغرم لانه قد حصل الغصب واليد في عمرو والمتلقي للملكية فوجب
الغرم للحيلولة باقراره لزيد الذي رجع عنه ويحتمل عدم الغرم لان كون عمرو مغصوبا منه لا ينفي
كونه مالكا ولان الاقرار للثاني اقرار على الغير وهو المقر له الاول وضعفه ظاهر   وكذا لو (نسخة)
من زيد بل من عمرو وهذه مثل قوله غصبته من زيد بل من عمرو في وجوب الغرم للثاني بل هذه اولى
بعدم الغرم لان الاقرار بالغصب من كل منهما اقرار بالجناية في مال كل منهما وهو موجب للضمان
بخلاف الوديعة ووجه الغرم اعترافه باليد للاول ثم للثاني وهي ظاهرة في الملك   وسواء
اتصل الكلام او انفصل اي في المسائل المذكورة كلها لان الاضراب ببل يجعل ما بعدها منفصلا
عما قبلها فلا عبرة بالاتصال الزماني   ولو قال لزيد بل لعمرو بل لخالد حكم للاول وغرم
للآخرين الباقيين كمال القيمة   تقريبه مستفاد مما سبق   ولو قال بل لعمرو وخالد نصفين واخذ
لهما اي لو قال هذا الشيء لزيد بل لعمرو وخالد وجب دفعه الى زيد ثم يغرم لعمرو وخالد قيمته لانه
لو اقر لهما لكان بينهما واذا اقر به لزيد بعدم الاقرار به لزيد غرم لهما قيمة واحدة   ولو قال
لزيد ولعمرو نصفين بل لخالد غرم لخالد الجميع لان الاضراب يقتضي ان يكون لخالد الجميع فيجب
غرم جميع القيمة له واعلم انه لو سكت في الاقرار عن قوله نصفين لم يتفاوت الحكم   ولو قال
بل وخالد فالثلث لان العطف بالواو يقتضي التشريك بين المعطوف والمعطوف عليه ويحتمل
النصف لان بل للاضراب وهو يقتضي المغايرة والواو يقتضي التشريك فوجب كونه مع احدهما
لا غير ليحصل معنى التشريك ويتحقق المغايرة ويضعف بانه يكفي في المغايرة حكمه اولا بكونه
للاثنين ثم حكم بكونه للثلاثة وهذا هو ظاهر العلامة في تعسف   ولو قال غصبته من زيد   وتحمل
وملكه لعمرو وهو لعمرو ولزمه الدفع الى زيد ولا يغرم لعمرو لانه يجوز ان يكون في يد زيد بحق
اجارة او وصية او عارية فلا ينافي ملكية عمرو ولم يوجد منه تفريط يوجب الضمان بخلاف
هذا لزيد بل لعمرو لانه اقر للثاني بما اقر به للاول فكان الثاني رجوعا عن الاول بخلاف ما قلنا
ولا يحكم بالملك لعمرو لانه بمنزلة من اقر لغيره بما في يد آخر ويحتمل الضمان اي لو قال غصبت
الشيء من زيد وملكه لعمرو او قال وهو لعمرو لان اللام يقتضي اختصاص الملك لزمه الدفع الى
زيد لاعترافه بالغصب منه الموجب للتفويت والضمان له وفي غرمه لعمرو احتمالان احدهما لا

يغرم

يغرم وهو اختيار المص هنا وفي التحرير لعدم التنافي بين الاقرارين فانه يجوز ان يكون في يد
زيد بحق اجارة او وصية بمنفعته او عارية فلا ينافي ملكية عمرو اياه ولم يوجد من المقر
تفريط يوجب الضمان بخلاف هذا الرد بل الحر فانه مفرط حيث اقر للاول بما هو حق للثاني
باقراره فكان مضيعا للمال فوجب غرمه له بخلاف ما قلناه في المسئلة التي هي محل النزاع اذ لم
يقر للاول بالملك لينفي اقربه للثاني وحينئذ فلا يحكم لعمرو بالملك لانه لا اقرار له بما قد ثبت
لغيره عليه حقا اقرار بما في يد شخص لغيره فلا يكون مسموعا واعلم ان ما ذكرناه ادخل في التسدد للاول
من قول المص لانه اقر للثاني بما اقر به للاول فكان الثاني رجوعا عن الاول لان المطلوب اثبات
التفريط بالنسبة الى الثاني ليثبت الغرم له وهذه العبارة لا تؤدي هذا المعنى الا بتكلف ف
الثاني انه يضمن ويغرم للحيلولة بين من اقر له بالملك وبين ماله بالاقرار للاول ودعوى عدم
التنافي بين الاقرارين غير ظاهر فان اليد ظاهرة في الملك ولهذا لم يسمع اقراره بملكية الثاني
بعد الاقرار باليد للاول ومنه يظهر تفريطه بالنسبة الى الثاني بالاقرار للاول المقتضي للحيلولة
وهذا اصح واعلم ان الشارح الفاضل حقق هنا انا ان قلنا بتضمينه في المسئلة الاولى وهي قوله
غصبته من زيد بل من عمرو فالضمان هنا قطعي وان قلنا بعدمه احتمل هنا عدم الضمان لما ذكره
المص وما ذكره من القطع على التقدير الاول غير ظاهر بل قد يدعى العكس لان الغصب يقتضي الرد و
الضمان بالجناية على مال الغير وقد اقر به لكل منهما بخلاف قوله وملكه لعمرو فانه لا يلزم منه جناية
على مال الغير ولا اعتراف بما يقتضي الرد والضمان   وكذا لو قال هذا لزيد وغصبته من عمرو
فانه يلزمه دفعه الى زيد ويغرم لعمرو على اشكال ينشأ من انه لم يقر لعمرو بالملك وغصبه منه لا
يستلزم كونه مملوكا له ومن ان الغصب يقتضي وجوب الرد والضمان ويفترق الاقرار باليد وهي
ظاهرة في الملك وقد حال بينه وبين الثاني بالمبادرة للاول فيغرم القيمة وهو الاصح   هل يصح
البدل كالاستثناء الاقرب ذلك انه لم يرفع مقتضى الاقرار كما لو قال له هذه الدار هبة او صدقة
/ وجه القرب ان البدل معتبر في اللسان مستعمل في القرآن ويعني فيه تخصيص جملة الكلام
جار مجرى التفسير فوجب ان يكون في كلام المقر معتبرا اذا لم يكن رافعا لمقتضى الاقرار لان الكلام
لا يتم الا باخره فوجب اجراؤه مجرى الاستثناء ويحتمل نعم لو كان رافعا لمقتضى الاقرار لم يصح لان
الانكار بعد الاقرار غير مسموع ويحتمل ضعيفا عدم صحته لانه يتضمن الرجوع عن ظاهر الاقرار و
ضعفه بين لان غير المسموع هو رفع اصل الاقرار قطعا دون مخالفة ظاهره فعلى الاصح لو

قال له هذه الدار هبة صح وكان له الرجوع فيها حيث يصح الرجوع في الهبة   اما لو قال له هذه
الدار عارية او سكنى ففيه نظر ينشأ من كونه رفعاً لمقتضى الاقرار ومن صحة بدل الاشتمال
الخ انما كان ذلك رفعاً لمقتضى الاقرار لانه اقتضى الملك للدار والعارية واستحقاق السكنى لا تملك
منهما ولا يخفى ضعف هذا النظر لانه قد سبق في كلامه ان البدل يصح ان لم يرفع مقتضى الاقرار فلا
اثر لصحة بدل الاشتمال في اللغة ووقوعه في الاستعمال في صحته في الاقرار كما لا اثر لصحة الاضراب
في اللغة والاستعمال في صحته في الاقرار ولا في عدم صحته   ولو قال له هذه الدار ثلثها او ربعها
ففيه الاشكال   الموهوم من سوق العبارة ان الاشكال الذي دل عليه قوله في المسئلة التي قبل هذه
ففيه نظر آت هنا ومعلوم انه ليس بآت لان احد طرفيه رفع مقتضى الاقرار وذلك منتف هنا
لان هذا بدل البعض من الكل فهو جار مجرى قوله هذه الدار له وهذا البيت لي وقد سلف في اول البحث
ان البدل صحيح ان لم يرفع مقتضى الاقرار وقد ذكر الشارحان منشاء الاشكال انه يجوز بعد الاعتراف
بان بدل البعض صحيح في اللغة واختاره والد ابي عدم القبول وليس بشيء لان استعمال اللفظ الدال
في مجازه مع وجود الصارف عن الحقيقة جائز كما في الاستثناء وكما في له هذه الدار وهذا البيت لي
فان الفرض ان الدار اسم للمجموع فاطلاقها على ما عدا البيت مجاز وكذا العشرة حقيقة في العدد المخصوص
فاستعمالها فيما بعد المستثنى مجاز ونحو ذلك والذي يقتضيه الدليل صحة ذلك   لو قال كان له
علي الف وقضيته او قضيته منها خمسمائة لم يقبل قوله في القضاء الا ببينة الضمير في قضيته
يعود الى الالف لان الالف قابل للتذكير والتانيث ويجوز ان يعود ضمير قضيته الى المقر له وانما
لم يقبل قوله في القضاء الا ببينة لانه مدع للمسقط بعد الثبوت بالاقرار فلم يكن بد من البينة   ولو
قال لي فقال قضيتك منها خمسين فالاقرب لزوم الخمسين خاصة لاحتمال قوله منها مما يدعيه
اي لاحتمال قوله قضيتك منها خمسين ان يكون مرجع ضمير منها هو ما يدعيه وتوضيحه ان قوله
قضيتك منها كما يحتمل ان يكون المراد منه قضيتك من المائة التي لك علي كذا يحتمل ان يكون المراد
منه قضيتك من المائة التي تدعيها ولا ريب انه ليس في اللفظ ما يدل على تعيين الاول والاصل
انه ظاهر اللفظ وان كان قد يفهم عند المحاورة كثيراً الا ان شغل الذمة البرية يتوقف على قاطع
يقتضيه ويحتمل لزوم المائة لزوم ثبوت المائة في مثل هذا اللفظ باعتبار المحاورات العرفية ويضعف
بما قدمناه قال الشارح الفاضل في توجيه الاقرب ورجوع الضمير يمكن ان يكون باعتبار مجرد
الاسم لا الوصف بانه عليه ومراده ما قدمناه من احتمال عود الضمير الى المائة الموصوفة بكونها مدعى

وكذا الضمير في قوله منها صح

عليك مائة صح

بعود الموصوف بانها علمه والضمير في قوله المصرح بما بعد عبده يعود الى ما والمراد للماء الدعى بها ح

بها أن لفظ ما تذكر ولو قال اخذت منه الف درهم من ديني او من وديعتي عنده فانكر السبب
وادعى التملك حكم للمقر له بعد الاحلاف اي لو وصل المقر باقراره ما يقتضي سقوطه بان قال
اخذت منه الف درهم من ديني او من وديعتي فانكر المقر له السبب وهو ثبوت دين او وديعة
عنده للمقر وادعى كون المأخوذ على ملكه حكم له ولم يسمع قول المقر بمجرده في الدين والوديعة
لكن بعد احلاف المقر له على نفي دعوى المقر لان الاقرار لا يسقط بمجرد دعوى المسقط ولا يخفى
ما في العبارة من التكلف فانه لو اقام الظاهر مقام المضمر في قوله حكم للمقر له اوهم ان المنكر للسبب
غيره ولو انه قال فانكر المقر له السبب حكم له لكان اولى لو قال له علي الف من ثمن خمر او خنزير
او ثمن مبيع هلك قبل قبضه او لم اقبضه او من ثمن مبيع فاسد لم اقبضه او ضمنت به على اني
بالخيار لزمه الالف ولم يقبل قوله في المسقط هنا عدة صور وصل فيها الاقرار بما يقتضي سقوطه
فان الخمر والخنزير لما لم يملكا في شرع الاسلام لم يكن لهما ثمن فامتنع ان يتعلقا بذمة المسلم فاذا وصل
المسلم اقراره بالف بكونها من ثمن احدهما اقتضى ذلك سقوط الاقرار فلم يلتفت الى المسقط
لان الانكار بعد الاقرار غير ملتفت اليه ومثله قوله من ثمن مبيع هلك قبل قبضه لان هلاكه
قبل القبض يقتضي بطلان البيع وسقوط الثمن فالحق وصله بقوله من ثمن مبيع لم اقبضه
فانه يقتضي عدم استحقاق المطالبة بالثمن مع ثبوته في الذمة لما سبق في البيع من ان البائع لا
يستحق المطالبة بالثمن الا مع تسليم المبيع فهذا مسقط لوجوب التسليم لا للثبوت في الذمة
وللاصحاب في قبول ذلك قولان احدهما القبول واختاره الشيخ لان قوله لم اقبضه لا ينافي
اقراره الاول لانه قد يكون عليه الف درهم ثمنا ولا يجب عليه التسليم قبل قبض المبيع ولان
الاصل براءة الذمة والمصنف في المختلف قال انه ليس بعيدا من الصواب لان للانسان ان يخبر بما
في ذمته على ما هو ثابت في الذمة وقد يشتري الانسان ولا يقبض المبيع فلو كان لا يخبر بذلك
فلو الزم بغير ما اقر به كان ذلك ذريعة الى سد باب الاقرار وهو مناف لحكمة الشارع
والثاني واختاره ابن ادريس عدم القبول فيلزم الالف لانه اتى بالمسقط بعد الاعتراف
ولقائل ان يقول انا لا نسلم انه اتى بالمسقط فان ذلك لا ينافي وجوب الالف وثبوتها
في الذمة انما ينافي استحقاق المطالبة بها الآن فهو بمنزلة ما لو اقر بالف مؤجلا والتحقيق
ان ذلك وان لم يكن مسقطا لكنه في حكم المسقط فان استحقاقا للالف والوصول اليها انما يكون
ببذل ما زعمه مبيعا من اموال المقر له ففي الحقيقة كانه لم يقر له بشيء فقول ابن ادريس

عدم القبض والاصل ح

لا يخلو من قوة وهنا نكتة ينبغي ذكرها هنا وهو ان المواضع بهذا الاقرار ونظائره من المواضع المختلف
فيها هل هي كل مقر سواء كان ممن له اهلية الاجتهاد ام لا معتقداً بقبول مثل ذلك ام لا ام يقال
ان من يعتقد قبول مثل ذلك وعلم ذلك من مذهبه يعامل بمعتقده لا اعلم في ذلك كلاماً للاصحاب
والذي يقتضيه النظر انه يلزم بمعتقد الحاكم كائناً ما كان ومثله ما لو قال له عليّ ثمن مبيع فاسد لم اقبضه
لان فساد البيع يقتضي عدم ثبوت الثمن ولا دخل للقبض وعدمه حينئذ في اللزوم وذكره في
العبارة للاحتراز عن لزوم ضمان القيمة او المثل بالقبض وفي بعض النسخ من ثمن مبيع فاسد
والبيع انما يوصف بالفاسد دون المبيع الا ان ضمير لم اقبضه لا مرجع له حينئذ ومثله ضمنت به على اني با
لخيار والضمير المجرور يعود الى الالف والمراد ضمنته لان ضمن يتعدى بنفسه وبالباء كما صرح
اشتراط م
به في القاموس وبناء ذلك على ان الخيار مفسد للضمان والا كان بمنزلة استحقت بخيار كان سفيها
ومنها ان كان المقر تبياه وسيأتي ان شاء الله تعالى قال في التذكرة ما صورته او قال تكفلت ببدن
فلان بشرط الخيار وقلنا ثبوت الخيار في الكفالة يقتضي بطلانها او قال ضمنت لفلان كذا
بشرط الخيار وابطلناه به وما اشبه ذلك بعض الكلام وقد يراد بقوله ضمنت به كفالة ولو
قال له عليّ الف لا تلزم لزمه لان الاقرار هنا يقتضي اللزوم فقوله لا يلزم لا يسمع لمنافاته الاقرار
ويحتمل القبول بان يكون عليه ثمن مبيع عن له ثم او من هبة له الرجوع فيها ويضعف بان ذلك
في حكم المسقط ولو قال عليّ الف ثم سكت ثم قال من ثمن مبيع لم اقبضه لزمه الالف والمراد اللزوم
هنا عدم قبول التفسير وان قلنا بقبوله فيما تقدم والفرق انه مع الاتصال محسوب مع الاقرار
كلاماً واحداً بخلاف الانفصال ولو قال عليّ الف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم اقبضه احتمل
القبول لانه يسمع مع الاتصال والتصديق واللزوم هذه صورة ثالثة من صور تفسير المقر به
بكونه من ثمن مبيع واحتمال القبول هنا انما يجيء اذا قلنا بالقبول في المسألة الاولى وهي قوله
من ثمن مبيع لم اقبضه متصلاً ووجهه ان الاصل في المبيع عدم القبض فاذا صدقناه
في كونها من ثمن مبيع كان على البائع اثبات القبض واختاره الشيخ في المبسوط والخلاف القبول
ويحتمل اللزوم وان قلنا بالقبول في السابقة لانفصال قوله لم اقبضه عن الاقرار بالالف و
مقتضى الاقرار اللزوم والاصح اللزوم هنا بطريق اولى وقول المصنف والتصديق ظاهره
انه معطوف على قوله مع الاتصال ولا بحث في القبول مع التصديق هنا وفي غيره من المواضع
فاي وجه لافادة هذا بالتقييد وجوابه ان المراد تصديقنا للمقر على ان الالف من ثمن مبيع لا

ان

ان احتمال عدم القبول حينئذ ضعيف جدا لان المقر له مدع الاقباض والاصل عدمه والاصح
اللزوم لانه التصديق على ما حققناه ولو قال على الف من ثمن عبد ان سلم سلمت احتمل
لزوم الالف معجلا وبعد تسليم العبد / للفرق بين هذا وبين ما سبق الا ان المبيع معين
هنا عبدا ومطلق في السابق والحكم واحد والاحتمال الثاني وهو اللزوم بعد تسليم العبد
قول الشيخ رحمه الله بشرط الاتصال والمختار ما تقدم في السابق ولو قال له الف مؤجلا او
زيوفا او ناقصة لم يقبل مع الانفصال ومع الاتصال اشكال اما مع الانفصال فلا بحث
في عدم القبول لانه رجوع عما ثبت واستقر عليه الاقرار واما مع الاتصال فمنشأ الاشكال
من ان مقتضى الاقرار الزام المقر بما اقر به دون غيره والحق المؤجل غير الحال فاذا اقر بالمؤجل
لم يلزمه غيره وكذا حكم الاقرار بنقد معين او وزن ناقص او مال معيب ولان الكلام انما يتم اول م
بآخره وانما يحكم به بعد كماله فلا يتحقق الاقرار الا بآخره وانما يلغى المسقط اذا اقتضى بطلان
الاقرار من رأس وهو منتف هنا ولانه لولا اعتبار مثل ذلك لادى الى سد باب الاقرار [illegible] الحق م
المؤجل ونحوه وهو باطل ومن حيث ان الاصل الحلول والسلامة فان وصل الاقرار بذلك وصل له
بالمسقط للمطالبة ولبعض الحق ويضعف بانه لو سلم ان الاصل ما ذكر الا ان خلاف الاصل يصار
اليه اذا صرح به في الاقرار ولما لم يتم الاقرار الا بآخره لم يتحقق ثبوت [illegible] السقوط والثاني شيء م
اختيار ابن الجنيد وابن ادريس وهو احد قولي الشيخ والاول القول الآخر للشيخ واختاره
المص في المختلف والتذكرة وعليه الفتوى واعلم انه قد سبق في [illegible] في البحث الرابع
من هذا الكتاب قبول تفسير الدرهم بالناقص لنادر مع الاتصال وكذا المغشوش فيكون
ما هنا رجوعا عن الفتوى الى التردد واعلم ان الدراهم الزيوف هي المردودة لغش ذكره في
القاموس ولو قال الف مؤجل من جهة تحمل العقل قبل قطعا ولو قال من حيث القرض
لم يقبل قطعا ما سبق من الاشكال انما هو فيما اذا كان الدين المقر به مطلقا او مسندا
الى سبب يقبل التاجيل والتعجيل اما اذا اسنده الى جهة يلازمها التاجيل كالدية على
العاقلة فاذا ذكر ذلك في صيغة اقراره بان قال قتل عمي فلانا خطأ ولزمني من دية ذلك
القتل كذا مؤجلة الى سنة انتهاء [illegible] كذا فهو مقبول لا محالة ولو قال لفلان علي الف مؤجل من جهة
تحمل العقل ففي القبول وجهان اصحهما القبول وقطع به المص لملازمة المقر به التاجيل
والثاني العدم لان اول كلامه ملزم فلا يسمع منه المسقط فيطرد فيه الاشكال السابق وينبغي

ان يكون القطع بالقبول هنا انما هو اذا صدقه المقر له على السبب اما بدونه فانه غير ظاهر بل يطرد
فيه الاشكال السابق ولو لا سنن الحجة لا تقبل التاجيل كما لو قال له علي الف اقرضتنيها مؤجله
لنفي ذكر الاجل قطعا ونظائر المسئلة في التذكرة الاجماع ولعله لامكان الحاقه بموضع الاشكال لان
القرض قد يقع مؤجلا بالشرط في عقد لازم وبالنذر ونحوه وفي الدروس لم يقبل الا ان
يدعي تاجيله بعقد لازم   ولو قال ابتعت بخيار او كفلت بخيار لم يقبل تفسيره لانه
وقوع البيع على وجوه متعددة وكونه بخيار من جملتها فيجب ان يطرد فيه الوجهان فيما لو قال الف
مؤجله وقد يفرق بينهما بان التاجيل لا يقتضي سقوط المقر به بخلاف الخيار فانه يقتضي التسلط
على الفسخ فينتفي حكم البيع فهو بمنزلة من ثمن مبيع لم اقبضه لكن قد يستبق قبول البدل في قوله من
الدراهم وذلك يقتضي ثبوت الرجوع فهو بمنزلة الاقرار بالشراء بخيار قال شيخنا في الدروس
ولو قال اشتريت بخيار او بعت او كفلت بخيار ففيه الوجهان وقطع المتأخرون بعدم سماع الخيار هنا
واعلم ان ذكر الخيار هنا لا يراد بالكفالة انما يكون كالخيار في البيع على القول بانه اشترطه لا
والا فهو بمنزلة من ثمن مبيع فاسد كما لا يخفى   ولو اقر العجمي بالعربية ثم قال لقنت فان
كان لا يفهم سمعت دعواه والا فلا ويبعد ان يكون المراد من قوله فان كان لا يفهم امكان ذلك
في حقه فان الاحوال ثلثة انه يعلم حاله بانه يفهم او لا يفهم ولا بحث فيهما وان تحقق كل منهما
فيقبل قوله انه لم يكن عالما بما اقر به بيمينه لان الظاهر من حال العجمي انه لا يعرف العربية وكذا العربي
لا يعرف العجمية   ولو قال له عندي دراهم وديعة قبل تفسيره سواء اتصل كلامه او انفصل
ولو ادعى المالك انها دين فالقول قوله مع اليمين بخلاف ما لو قال امانة / اما قبول تفسيره مع
الاتصال / فظاهر لانه تفسير لا يرفع مقتضى الاقرار فيقبل واما مع الانفصال فلان قوله
عندي كما يحتمل عين الوديعة يحتمل الوديعة فيكون التفسير بيانا لتفسير اللفظ ببعض محتملاته يحتمل
فلو ادعى المالك انها دين قال المص القول قوله مع اليمين اي قول المالك ويمكن توجيهه بان
الوديعة تقتضي التلف ما لا ادرك المالك فيقتضي قوله ع على اليد ما اخذت حتى تؤدي
يجب ان يتقدم قول المالك فانها دين لان الدين لا يتحقق البراءة منه الا بالاداء ولو قدمنا
قول المقر لوجب ان يقبل قوله في المسقط كالتلف وهو خلاف مقتضى الخبر وبعد لكونها وديعة
تقتضي تقديم قول المقر في الرد على المالك وفي التلف وذلك زايد على اصل كونها عنده وهو دعوى
على الغير فيقتضي قوله ع البينة على المدعي ان لا ينفذ الاقرار في ذلك لان نفوذه انما هو في حق

يجب م

المعو

المتردد من غير مرجح بل ربما نزلت العبارة على ان قبول التفسير بالوديعة مشروط بعدم مخالفة المالك
وفي الكل نظر اما الاول فلانا لا نم ان تقديم قول المقر يقتضي خلاف مقتضى الخبر لان ذلك
انما يلزم لو لم يكن يده اليد التي قد ثبت انها لا تقتضي تقديم قوله اما معه فلا وذلك لان الاصل براءة ذمته
فاذا ادعى ما يشغلها وجب الوقوف مع مقتضاه والمقر به هو الاشتغال بحكم الوديعة فلا يتجاوز
الحكم الذي هو معنى الثاني فلان نفوذ التفسير بالوديعة يقتضي عدم شغل ذمته بالبينة على والامام
الرد او التلف عند الاختلاف فيهما استنادا الى اصالة البراءة وعدم تحقق شاغل سوى الوديعة
المقر بها فتقديم قوله ليس لكونه مدعيا يخالف مقتضى الخبر بل استنادا الى اصالة البراءة واما
الثالث فلانه مع مخالفته لظاهر العبارة المتبادر من قبول التفسير غير صحيح في نفسه لاطباقهم
على قبول التفسير سواء صدق عليه المتكلم ام لا ولان اعتبار عدم مخالفة المالك يقتضي عدم الفرق المالك
بين هذه المسألة وغيرها وقد صرح العلامة في التحرير بخلاف هذا الحكم قال اذا قال له عندي درهم
ثم فسره بانها وديعة قبل تفسيره سواء فسره بمتصل او منفصل فيثبت فيها احكام الوديعة
من قبول ادعاء التلف والرد وبهذا صرح في التذكرة ايضا وهو خيرة الدروس وهو المختار واعلم
ان قوله بخلاف الامانة المراد به انه لو قال له عندي درهم امانة وادعى المالك انها دين قدم
قول المقر مع اليمين هنا لا المالك والفرق ان الامانة لا يستلزم القبض لامكان اطارة الريح المال
الى ملك المقر او وضع المالك اياها او غيره في منزله فلا يثبت دخوله في العهدة الا لادا وهذا
الفرق ضعيف كما عرفت والحكم واحد ولو قال له عندي وديعة وقد هلكت او رددتها اليه
لم يقبل منه ولم تسمع دعواه اصلا وذلك لمناقضة الاقرار فان المردود والتالف ليس عنده
ولا هو وديعة اما لو قال كان له عندي قبل مجيئه ان دعواه تسمع ويجب اليمين والفرق بينها
وبين التي قبلها ظاهر فان كان لا يقتضي البقاء في زمان الاقرار كما لا يقتضي عدمه وان كان
البقاء ظاهرا فاذا ادعى عدم البقاء لم يلزم مناقضة الاقرار ولو قال له علي الف وديعة
لم يقبل تفسيره وتلفه لو ادعى التلف وذلك لان الالف مضمون عليه وليس بامانة لان قوله علي
يتضمن الثبوت واللزوم في الذمة ولا يصدق في دعوى الرد كما لا يسمع دعوى التلف لان ذلك
انما يكون فيما ثبت كونه امانة ولفظ علي ينافي ذلك ويشكل بان كلمة علي لا يقتضي ثبوت الالف
في الذمة لانه كما يجوز ان يريد بها ذلك يجوز ان يريد بها صيرورتها مضمونة عليه بالتعدي او يريد
بها لزوم حفظها او الذمة والتخلية بينه وبينها وايضا فان علي يقتضي كون المقر به حقا على المقر

ويحتمل امورا وجوها متعددة ولا مرجحة بينه بكونه في الذمة والاصل البراءة ونقل الشيخ اجماعنا وذكر
على انه اذا قال لفلان علي الف درهم وديعة يقبل منه ذلك بعلي هذا القول انه ادب ولو
قال لك علي الف واحضرها وقال هذه التي اقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له
هذه وديعه والتي اقررت بها غيرها وهي دين عليك احتمل تقديم قول المقر لامكان الضمان
بالتعدي ولا يقبل قوله في سقوط الضمان لو ادعى التلف وتقديم قول المقر له يستفاد من قوله
واحضرها وقال هذه التي اقررت بها اي ان التفسير يقع منفصلا بالاقرار ولا فرق بينهما وان
كان بعض العامة يفرق فيقبل مع الاتصال والاحتمال الاول وهو تقديم قول المقر قول الشيخ
رحمه الله محتجا باصالة البراءة وشغل الذمة يحتاج الى دليل والاحتمال الثاني وهو تقديم قول
المقر له قول ابن ادريس واحتج بما اعترض به الشيخ وهو ان لفظة علي تقتضي الايجاب في الذمة بدليل
انه لو قال الالف التي علي لفلان علي كان ذلك ضمان فاذا اقر بذلك فقد الزم ذمته مالا وجاء بمال آخر
فلم يسقط ما الزم في ذمته كما لو اقر بثوب ثم جاء بعبد فان العبد له ويطالب بالثوب وجوابه ما اجاب
به الشيخ وهو ان لفظة علي وان اقتضت الايجاب فقد يكون حق في الذمة فيجب عليه تسليمه باقراره
وقد يكون في يده فيجب رده وتسليمه الى المقر له باقراره فبايهما فسره كان مقبولا كما لو قال علي ثوب
كان له تعيينه من اي نوع شاء من الانواع التي يحتملها اللفظ الا ترى انا اجمعنا على انه اذا قال
لفلان علي الف درهم وديعة قبل منه ذلك ولو كان قوله لفلان علي الف يقتضي الذمة وجب الا
يقبل تفسيره بالوديعة لانه اقر بالف ثم عقبه بما يسقطه فلما اجمعنا على قبول تفسيره بذلك على ما دل ص
ذكرناه على ان حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض كما في قوله تعالى ولهم علي ذنب اي عندي
وقوله نعم ولاصلبنكم في جذوع النخل يعني في فيجوز ان يكون قوله علي يريد به عندي وانما
جعلنا قوله الالف التي علي فلان على الضمان في الذمة لانه قصد به الالف لتمام المال الذي عليه
وذلك لا يثبت الا في الذمة لوجود ما يدل على الثبوت في الذمة هنا بخلاف مسألتنا هذا محصل
كلامه ومختار الشيخ اقوى ونعلم ان المقر جزم فيما اذا فسر بالوديعة على الاتصال بعدم القبول
مع ان الشيخ نقل الاجماع على القبول وتردد هنا وليس بجيد وكذا لو قال لك في ذمتي الف
وجاء بها وقال هي وديعة وهذه بدلها اي يجيء فيه الاحتمالان السابقان ومنشأهما من
انه فسر الالف بكونها وديعة وهو بظاهره مناف لكونها في الذمة ومن امكان التفسير بما يقتضي
انه اراد كونها وديعة في الاصل وانها تلفت ووجب بدلها في الذمة والقبول ارجح لان غايته

الاداة الحجان

ارادة المجاز وهو كون التي في الذمة وديعة باعتبار ان سببها كان كذلك والمجاز يصار اليه
بالقرينة   اما لو قال لك في ذمتي الف وهذه التي اقررت بها كانت وديعة لم تقبل لا يخفى
انه ان كان المشار اليه بقوله وهذه هو الالف الذي قال انه في الذمة لم يلزمه سوى ما اقر به اذ لم
يقر بشيء آخر اذ لو سلمنا ان ما في الذمة ينافي التفسير بالوديعة على كل حال فغاية ما يلزم ان يكون
قد وصف المقر به بوصف يمتنع ثبوته له وان كان المشار اليه بهذه شيئا غير مذكور بل هو معينة
بانه احضر الفا وقال هذه التي اقررت بها الخ فهنا بحث في وجوب الف اخرى وعدم قبول قوله
في ان المقر به هو ما احضر وجهان كالمسألة السابقة لكن عدم القبول هنا اولى لان ما في الذمة
لا يكون وديعة فان الوديعة هي العين المستناب في حفظها وما في الذمة ليس عينا وليس ببعيد
القبول لان قوله كانت وديعة لا ينافي تجدد ثبوتها في الذمة بتلف تارة او الضمان وغاية ما يلزم
ارتكاب المجاز في حكمه بان الماتي به كانت وديعة فان الوديعة حقيقة هو التالف والماتي به بدله ولا
محذور في المجاز اذا دل عليه دليل خصوصا اذا كان شايعا في الاستعمال   ولو قال له علي الف
ودفعها ثم قال كانت وديعة وكنت اظنها باقية فبانت تالفة لم يقبل لانه مكذب لاقراره لان تقييد
يقتضي ان يكون لازما حيث انه لم يفسره ولم يكن عليه شيء حال الاقرار لكن لابد ان يكون تلفها   اقراره م
منزلا على وجه لا ضمان معه اذ مع الضمان لا تكذيب . ولا يخفى ان قوله وكنت اظنها لا دخل له في الحكم
اذ لا يتفاوت الحال بعدمه وفي التذكرة لو اتى بهذا العقد بان قال لو قال لك علي الف ثم قال كانت
وديعة وكانت تلفت قبل اقراري وكنت اظنها باقية لم يقبل منه لانه كذب بهذا اقراره
ويقيده الدروس بتبيين تلفها بكونه بغير تفريط   اما لو ادعى تلفها بعد الاقرار قبل بالبينة
لعدم المنافاة للاقرار فتكون دعوى مستانفة ومن هذا يعلم ان قوله سابقا لم يقبل يراد به
عدم القبول مطلقا ولا مع البينة   ولو قال له عندي وديعة دينا او مضاربة دينا صح
ولزمه الضمان لانه قد يتعدى فيها فتكون دينا ولو قال اردت انه شرط علي ضمانها لم يقبل
انا وجدنا التفسير في قوله فيها لكان او اي يتعدى لانه محتمل ولو فسر قوله بذلك صح بطريق اولى   دينا م
ولو قال اردت انه شرط علي ضمانها لم يقبل لان ذلك شرط فاسد ولانها لا تكون دينا بذلك
بنفس التفسير ويجب عليه في ذمته المقر به ويلوح من العبارة وجوب الف اخرى وقد يستدل له
له بان التفسير يقتضي وجود الف وديعة شرط ضمانها وقد اقر بالف دينا وهو بعيد لانه
تفسير الالف التي قال انها دين بتفسير فاسد ولا احتمال ان يريد ان صيرورتها دينا لتلفها

في الوديعة او في المضاربة ومقتضى
العبارة انه اذا اطلق قوله له
عندي وديعة دينا الخ صح و
نزل قوله اما الضمان بالتعدي
م

مع اشتراط ضمانها وحينئذ فيلغو التفسير لانه يقتضي عدم الاستحقاق وهو مناف للاقرار ولو
قال اودعني مائة فلم اقبضها او اقرضني مائة فلم اخذها قبل مع الاتصال على اشكال ينشأ من
استعمال اودعني واقرضني في ايجاب الوديعة والقرض ولهذا يقال اودعني فلم استودع واقرضني
فلم اقترض ولولا ذلك لناقضه واقل احواله ان يكون مجازاً والتفسير به مع القرينة صحيح ومن
ان الايداع والاقراض شرعاً انما يكون مع القبض والاخذ فيكون آخر الكلام رافعاً لاوله ومثله
باع مني فلم اقبل وموضع الاشكال انما هو مع الاتصال اما مع الانفصال فلا يقبل جزماً وفي التذكرة
حكم بقبول قوله مع الاتصال وجعل في قبوله مع الانفصال اشكالاً والذي يقتضيه النظر ان باع
واودع واقرض ان صدق على الايجاب حقيقة لم يفرق بين الاتصال والانفصال في القبول والا لم
يقبل مع الانفصال قطعاً ومع الاتصال فالراجح عدم القبول لانه يقتضي رفع الاقرار من اصله
والمجمع عنه ما انا في ذلك من المتوقفين لو اقر بالبيع وقبض الثمن ثم انكر وادعى الاشهاد
تبعاً للعادة من غير قبض فالاقرب سماع دعواه فيحلف المشتري وجه القرب جريان العادة بذلك
فلو لم تسمع دعواه لتم الضرر ويحتمل عدم السماع لانه تكذيب للاقرار ويضعف بان ذلك واقع
تعم به البلوى فعدم السماع يقتضي الضرر وحينئذ فيحلف المشتري على الاقباض او على عدم
المواطاة وقد سبق نظيره في الهبة وهو الاصح وكذا لو اقر بالاقتراض ثم ادعى الاشهاد
في الصك قبل القبض حلف المقرض اي الحكم السابق آت مثله هنا ودليله ما تقدم اما لو شهد
الشاهدان بمشاهدة القبض لم تسمع دعواه ولا يمين على المدعى لان ذلك طعن في البينة وكذا
لو انه يلتفت اليه اما الولد فيشترط في الاقرار به عدم تكذيب الحس والشرع والمقر به وعدم
المنازع فلو اقر ببنوة من هو اكبر سناً او مساوٍ او اصغر بما لم تجر العادة بتولده عنه او بين بينه
وبين امه مسافة لا يمكن الوصول في مثل عمر الولد اليها او ببنوة مشهور النسب بغيره او بمن كذبه
الولد البالغ لم يثبت ولو نازعه غيره لم يلحق باحدهما الا بالبينة لا ريب انه يشترط في المقر بالنسب
ان يكون بالصفات المعتبرة في مطلق المقر كما سبق ويزيد في الاقرار بالنسب قيود اخرى و
تحقيقه ان المقر بنسبه اما ولد او غيره فان كان ولداً اعتبر امور آ عدم تكذيب الحس بان يكون
ما يدعيه ممكناً فلو اقر ببنوة من هو اكبر سناً او مساوٍ له او اصغر بما لم تجر العادة بتولده عنه لم يقبل
قطعاً وكذا لو كان بين المقر وبين ام الولد مسافة لا يمكن الوصول في عمر الولد اليها او علم عدم خروج
المقر الى بلد قدمته ام الولد ونحو ذلك ب ان لا يكذبه الشرع فلو اقر ببنوة مشهور النسب بغيره

الفصل الرابع في الاقرار بالنسب

لم يعتد

لم يعتد باقراره لان النسب الثابت شرعا لا ينتقل ولو صدقه الولد ومن انتسابه اليه معلوم لم
يلتفت اليه ولو نفي نسب ولد باللعان فاستلحقه آخر ففي صحة الاستلحاق اشكال ينشأ من انه
اقر بنسب لا منازع له فيه فيلحق به ومن ان فيه شبهة للملاعن ح ان لا يكذبه المقر به وفي التذ كنز
ان يصدقه المقر به ان كان من اهل التصديق بان يكون بالغا عاقلا وهو اولى مما هنا لان عدم
التكذيب غير كاف في البالغ العاقل اذا عرفت هذا فلو اقر ببنوة بالغ عاقل لم يثبت ما لم يصدقه
سواء كذبه او سكت الا ان يقيم عليه بينة ومع عدمها يحلف المنكر فتسقط الدعوى فان نكل حلف
المدعي وثبت النسب وكذا لو قال شخص لآخر انت ابي فان القول قول المنكر بيمينه واعلم ان قول المقر مجمع
او يمين كذبه الولد البالغ المراد منه انه ادعى بنوة شخص كذبه فذلك الولد البالغ وهو الشخص الذي
بنوته وهو بالغ ولكنه لما اقام المظهر وهو الولد مقام المضمر وهو الضمير في كذبه لولا الاظهار
وهو العائد الى الموصول صار في العبارة فساد ولو جعل الولد بدلا من الضمير صار نهيا يعتقد
د ان لا ينازعه في الدعوى من يمكن التحاقه به فان الولد ح لا يلحق بالمقر ولا بالآخر الا بالبينة
او القرعة ولو كان الولد بالغا رشيدا اعتبر تصديقه فيثبت نسب من صدقه ولا اعتبار بتصديق
الام ولا بتكذيبها على الظاهر وهل حكم المرأة في اقرارها بالولد حكم الرجل نظر / ينشأ من
انه اقرار بالولد فيدخل تحت عموم الدليل الدال على نفوذ الاقرار به ومن ان ثبوت نسب غير معلوم
الثبوت على خلاف الاصل فيقتصر فيه على اقرار الرجل بالولد الصغير للاجماع ويبقى ما عداه على
الاصل فيتوقف على البينة او التصديق ولا يعتبر تصديق الصغير بل ليس شرطا في نفوذ
الاقرار فلا يتوقف على بلوغه وتصديقه وكذا لا يعتبر تصديقه وتكذيبه حال الصغر فعلى هذا
لو استلحق صغيرا تثبت احكام النسب كلها تبعا للبنوة ولو انكر بعد بلوغه لم يلتفت الى انكاره لسبق
ثبوت نسبه كما لو ثبت بالبينة ولان النسب مبني على التغليب فلا يتأثر بالانكار بعد الحكم بثبوته
وهو متعقب للتكذيب وللشافعية قول انه يندفع النسب بالانكار لانا انما حكمنا به حيث لم يكن انكار فاذا
تحقق لم يثبت وليس بشيء ولو اراد المقر به تحليف المقر لم يمكن من ذلك ومثله ما لو استلحق مجنونا
فلما افاق انكر ولو مات الصغير ورثه الاب لثبوت النسب المقتضي للارث وكذا العكس ولو
اعترف ببنوة ميت مجهول ثبت نسبه لان تصديقه غير معتبر وتكذيبه غير نافذ سواء كان ذا مال
ام لا ولا ينظر الى التهمة بطلب المال لان امر النسب مبني على التغليب ولهذا يثبت بمجرد الامكان
بالنسبة الى الولد حتى انه لو قتله ثم ادعى بنوته قبل استحقاقه حكم بثبوته بسقوط القصاص ومع

وورثه وان كان كبيرا اذا مال مع عدم
وارث غيره ان كان الميت الذي
ادعيت بنوته صغيرا او كان مجهول
النسب لحق بالمدعي وثبت نسبه
ص

من ذلك ابو حنيفة للتهمة بوجود المال وهو غلط ولهذا لا يمنع نفوذ الاقرار بسبب الصبي وفي
المقرّ في حال الجنون وان كان كبيرا يفتقر ثبوت النسب اشكال ينشأ من شرط لحوق البالغ تصديقه
وهو منتف هنا ولان تأخير الاستلحاق الى الموت يوشك ان يكون لخوف انكاره ومن ان التصديق
ممتنع من الميت فيجري مجرى الصبي والمجنون في كون لحاق نسبه غير مشروط بالتصديق وقد يمنع
اشتراط التصديق في لحوق البالغ مطلقا ويجري الوجهان فيما اذا استلحق مجنونا تجدد جنونه
بعد بلوغه كاملا وسواء استلحقه حيا او ميتا والذي يقتضيه الدليل عدم الثبوت في الموضعين لان
ثبوت نسب الغير بمجرد قول غيره على خلاف الاصل ولا نص ولا اجماع على ذلك فيتمسك بالاصل
الى ان يثبت الناقل وتردد المص في التذكرة وافتى هنا وفي التحرير بالثبوت وكذا شيخنا الشهيد
في الدروس والمحقق نجم الدين بن سعيد والشيخ في المبسوط مدعيا ان لا خلاف فيه فعلى هذا
المفتي ما عليه الاصحاب   وكذا المجنون لا يعتبر تصديقه عطف على ما سبق من قوله ولا يعتبر
تصديق الصغير والحاصل ان المجنون لا يعتبر تصديقه كما لا يعتبر تصديق الصغير اذ لا اعتداد
بعبارته ولا خلاف في ذلك وانكاره بعد الافاقة كانكار الصبي بعد البلوغ   والاقرب اشتراط
التصديق في الكبير العاقل   وجه القرب ان الاقرار بالنسب يتضمن الاقرار في حق الغير لانه امر
اضافي يتوقف على تصديقهما والبينة وسقوط ذلك في الصبي والمجنون بالاجماع ولتعذر
التصديق منهما لا يوجب سقوطه هنا اقتصارا في مخالفة الاصل على موضع الوفاق وهو مختار
الشيخ في المبسوط وابن ادريس وابن الجنيد ويحتمل العدم لانه كالاقرار في حق نفسه والا لم ينفذ
في الصغير وهو قول الشيخ في النهاية وضعفه ظاهر والاصح الاول   وليس الاقرار اقرارا بزوجية امه مع ر
امه وان كانت مشهورة بالحرية   وذلك لان الزوجية والنسب امران متغايران فلا
فلا يدل احدهما على الآخر بشيء من الدلالات الثلث وقال ابو حنيفة ان كانت الام مشهورة با
لحرية كان الاقرار بالولد اقرارا بزوجيتها وان لم تكن مشهورة فلا واعلم انه سيأتي ان شاء الله
تعالى حكم تعلق الاقرار بالعقد ببنوة الولد للامة نفيا واثباتا وقد اختار المص هناك مجيبه   ولو في آخر باب الصداق م
اقر ببنوة ولد امة فلحق به وكان حرا ان لم يكن لها زوج / لا يخفى ان لحاقه به مشروط بامكان كونه
منه فح يكون حرا وهل تكون الجارية ام ولد بمجرد ذلك قال المص في التذكرة فيه اشكال ينشأ من
ان استيلادها قد يكون قبل الملك بنكاح او شبهة او تحليل ومن ان اسناد الاستيلاد الى وقوعه
في الملك هو الظاهر لانه موجود والاصل عدم غيره وفي الاول قوة وموضع الاشكال ما اذا جهل

تاخر

تاخذ الملوك به عن الملك وتعتق منه وما دام لم تكن الامة فراشاً للسيد فان علم احدهما لا بعينه اجري
عليه حكمه وان كانت فراشاً فالولد لاحق بحكم الفراش لا بالاقرار فيثبت الاستيلاد وهذا كله
اذا لم تكن الامة مزوجة فان الولد مع التزويج للزوج لانه تابع للفراش ولو اقر ببنوة ولد احدى
امتيه وعينه لحق به وكان الآخر رقاً وكذا لو كانا من ام واحدة وذلك لان المرجع في التعيين اليه
ولا يخفى ان ذلك انما هو مع عدم تزويجهما او تزويج كما سياتي ان شاء الله تع فان ادعت الاخرى احدهما م
ان ولدها هو المقر به فالقول قوله مع اليمين لان الاصل معه وهو ينفي ما يدعيه وكذا لو بلغ الولد فادعى
فان نكل السيد حلف المدعي وقضي بيمينه كذا قال في التذكرة ومقتضاه ان الجارية تحلف ويشكل
بانها تثبت حقاً لغيرها وهو حرية الولد نعم لو تضمنت الدعوى الاستيلاد اتجه ذلك فينبغي
تامله ولو لم يعين ومات فالاقرب القرعة وجه القرب انها تجري في كل امر مشكل بالنص
عن ائمة الهدى عليهم السلام وقال الشيخ يقوم الوارث مقامه في التعيين فان امتنع منه وقال لا اعلم
اقرع فاذا خرجت القرعة واحداً وكان السيد قد ذكر ما يقتضي ان يثبت ام الولد صارت ام ولد بذلك
من غير احتياج الى قرعة اخرى وهل يقبل تعيين الوارث اشكال ينشأ من انه اقرار في حق الغير
ولا دليل على قبوله ولان التعيين انما يعتد به اذا كان من جميع الورثة والمقر منهم فلو اعتبر تعيينه
لزم الدور ومن انه قائم مقام المورث ويشكل بانه ان اخبر عن تعيين المورث كان شاهداً فاعتبرت
احكام الشهادة وكذا لو اخبر بذلك عن علم سابق له بالحال وان كان يعني التعيين من غير علم سابق له
بحقيقة الحال كان اقداماً على القول بمجرد التشهي والظاهر ان المراد انه اذا كان عالماً بالحال فعين
اكتفي بتعيينه كالمورث لقيامه مقامه ويضعف بان ذلك قول في حق الغير فيتوقف قبوله على دليل شرعا م
شرعي ولم يثبت قيامه مقام المورث هنا فالاقوى عدم القبول ولو عين واشتبه او مات ولم
يعين استخرج بالقرعة وكان الآخر رقاً لان القرعة في كل امر مشكل ويثبت الاستيلاد لام
من اخرجته القرعة / قد يشكل بانه اذا اقر ببنوة ولد امته في غيره امه ام ولد بمجرد ذلك اشكال
فيكون في ثبوته هنا بالقرعة اشكال واطلاق الحكم بثبوت الاستيلاد هنا يقتضي الاكتفاء في
ثبوته بمجرد القرعة والذي ذكره في آخر البحث في التذكرة انه ان لم يوجد من السيد ما يقتضيه لم
يثبت وان وجد كفت القرعة لاصل الولد ولم يحتج الى قرعة اخرى ولو كان لها زوجان
بطل اقراره لان الولد لاحق بالزوج لانه للفراش قال في التذكرة وان كانتا فراشاً للسيد فان
كان قد اتى بوطئهما لحق الولدان بحكم الفراش وما ذكره يدل على ذلك ما دام لم يكن لها زوج كما لا يخفى

ولو كان لاحديهما زوج انصرف الاقرار الى ولد الاخرى لان ولد المزوجة لاحق بالزوج لان
الولد للفراش وفي التذكرة انه مع تزويج احديهما لا يتعين اقراره في ولد الاخرى بل يطالب
بالتعيين فان عين في ولد المزوجة لم يقبل وان عين في ولد الاخرى قبل وثبت نسبه وهو
مخالف لما هنا ويشكل بان عدم تعيينه في ولد الاخرى يقتضي قبول رجوعه عن الاقرار فانه اذا
عين في ولد المزوجة فان ابطلنا الاقرار لزم ما ذكرناه وان تعين في الاخرى كانت مطالبته
بالتعيين عبثا فايده فرع لو كانت احديهما لا متبين فراشا دون الاخرى لم يتعين الاقرار
في ولد من هي فراش بل يطالب بالتعيين لامكان ان يعين في ولد الاخرى فيلحقه بالاقرار وولد
الاخرى لاحق بالفراش   واما غير الولد فيشترط التصديق والبينة وان كان ولد الولد لما
سبق من المسايل في الاقرار بالنسب بناء على نفسه لانه تحمل النسب على غيره بنفسه وهذه تحمل النسب
على غيره فانه اذا قال هذا اخي كان معناه انه ابن ابي او ابن امي ولو اقر بعمومة غيره كان النسب
ملحقا بالجد فكانه ابن جده فيثبت النسب بهذا الالحاق بالشرايط السابقة وشروط اخر زايدة
عليها التصديق المقر به او البينة على المدعى وان كان ولد ولد لان الحاقه بالولد قياس مع وجود
المنف فانه الحاق للنسب بالغير وهو الولد   بان يكون الملحق به ميتا فما دام حيا لم يكن لغيره الا
لحاق به وان كان مجنونا ج ان لا يكون الملحق به قد نفى المقر به فان نفاه ثم استلحقه وارثه بعد
موته فاشكال ينشا من انه لو استلحقه المورث بعد ما نفاه باللعان وغيره لحق به وان لم يرثه ومن
سبق الحكم ببطلان هذا النسب وفي الحاقه به بعد الموت الحاق عار بنسبه وشرط الوارث ان يفعل
ما فيه حظ المورث لا ما يتضرر به كذا ذكره في التذكرة ثم قوى الاول د [illegible] لا يراد به
الحايزين فلو اقر الاجنبي لم يثبت به النسب ولو مات مسلم عن ابن كافر او قاتل او رقيق لم يقبل
اقراره عليه بالنسب كما لا يقبل اقراره عليه بالمال   فاذا اقر بولد او اخ او بغيرهما ولا وارث له
وصدقه المقر به توارثا فيما بينهما ولا يتعدى التوارث الى غيرهما وكل موضع لا يثبت النسب
فيه الا بالاقرار مع التصديق من المقر به لا يتعدى التوارث المتصادقين الى وارثهما الا مع التصادق
ايضا لان حكم النسب هنا انما يثبت بالاقرار والتصديق فيقتصر فيه على المتصادقين سواء
في ذلك الاقرار بالوالد وبالاخ وبغيرهما ومقتضى ذلك ان يكون الاقرار ببنوة البالغ لا يتعدى
حكمها المقر والمقر به بناء على اعتبار التصديق فعلى هذا يكون الاقرار بالولد متفاوتا بالنسبة الى
الكبير والصغير بناء على اشتراط التصديق في الكبير وفي المبسوط انه يتعدى التوارث الى الاولاد المتصادقين

شرائطهم

لا غيرهم

لاعتبارهم ذوي النسب الا بالتصادق بينهم على ذلك والفرق بينهما ظاهر ولو كان له ورثة مشهورون
لم يقبل اقراره في النسب وان تصادقا اي لو كان للمقر بالنسب ورثة مشهورون فانه لم يقبل اقراره
في النسب وان تصادقا المقر والمقر به لان ذلك يقتضي منعهم من الارث او مشاركتهم او مشاركة
من يثبت بهم بمجرد الاقرار وذلك باطل لانه اقرار في حق الغير واذا اقر احد الاخوين بخامس
ولا وارث غيرهما بثالث لم يثبت نسبه في حق المنكر ولا المقر لعدم تبعض النسب بل يشاركه بالنسبة
الى حصة المقر فياخذ ثلث ما في يده وهو فضل ما في يد المقر عن ميراثه انما لم يثبت النسب في حق
المنكر لان تصديقه معتبر وقول المنكر مع عدم البينة مقدم ولما كان النسب لا يتبعض فلا يثبت
وجب ان يثبت في حق الجميع امتنع ثبوته في حق المتعارض نعم ينفذ الاقرار في المال فيدفع المقر
الى المقر به فضل ما بيده عن ميراثه وهو سدس الاصل لانهم اذا كانوا ثلثة كان لكل واحد ثلث
وبيد المقر نصف لان الورثة ابنان فيكون فضل ما بيده ما ذكرناه ومقتضى ما سبق في البيع
من ان الاقرار ينزل على الاشاعة ان يدفع اليه نصف ما بيده لان المال اصل لهما والثالث منهما
وسياتي هذا احتمالا في كلام المصنف في الفرع السابع ان شاء الله تع ونذكر عنه ما يسنح بتوفيق الله
ومشيته ولو اقر احد كاتبي الميت باب فكما في الاقرار به ولو كان احدهما او الميت صغيرا فاقر
البالغ انتظر بلوغ الصبي فاذا بلغ ووافق ثبت النسب وان مات قبل البلوغ فان لم يكن للميت
قد خلف سوى المقر ثبت النسب ولم يحتج الى تجديد الاقرار وان خلف له ورثة سواه اعتبر موافقتهم
ولو كان احدهما مجنونا فهو كما لو كان صغيرا ولو كان الاقرار يثبت لزمه دفع نصف ما في يده لانه
لو ثبت نسبهما لكان هو مع الاثنين حق الاصل وبيده زيادة عن نصيبه يقتضي الاقرار نصف
ذلك وهو حق النصف وعلى الاحتمال يدفع ثلث ما في يده ولو اقر معا ثبت للمقر به كمال
حصته اي قدر الابنان ووجه انحصار الارث فيهما وهو ظاهر ولو اقر اثنان من الورثة
بنسب الميت وكانا عدلين ثبت النسب والميراث والاخذ بحصتهما بالنسبة اما اذا كانا عدلين فلان
النسب يثبت بشهادة العدلين ولا اعتبار للارث واما مع عدم العدالة فان النسب لا يتبعض لازم
فينفذ اقرار المقر في استحقاقهما من الارث فينظر كم قدر استحقاق المقر به من مجموع التركة
لو ثبت نسبه وكم نسبته الى المجموع فيوزع من حصتهما بتلك النسبة فيدفعان اليه ما فضل
عن نصيبهما وعلى الاحتمال الاخر يكون حصتهما بينهما وبينه موزعة على قدر الاستحقاق
ولو شهد الاخوان بابن للميت وكانا عدلين ثبت نسبه وحاز الميراث ولا دور لاشارتك الجائزة

على كلام الشيخ في المبسوط فانه قال يثبت نسبه ولا يرث لانه لو ورث لحجب الاخوين وخرجا
عن الارث فيلزم من صحة الارث بطلانه ومن بطلانه صحته ثم قال ولو قلنا يثبت الميراث ايضا
كان قويا لانه يكون قد ثبت بشهادتهما فتبعه الميراث الا بالاقرار فحاصل كلامه انه لا دور
يلزم من اعتبار اقرارهما لان اعتبار كونهما شاهدين ولا يخفى انهما لو كانا غير وارثين لا
عبرة بشهادتهما مع العدالة فلا ينظر الى كونهما وارثين وعدمه على انه لو اعتبر الارث لكفى
كونهما وارثين ظاهرا حين الاقرار ولو كانا فاسقين اخذ الميراث ولم يثبت النسب اما اخذ
الميراث فلان اقرارهما نافذ فيه ولا يتوقف على ثبوت النسب واما النسب فانه لا يثبت بقول
الفاسق واعلم انه ثبت تصادق مجهولي النسب بالبنتية انما هو من كان له ورثة مشهورون فلا
وانما يثبت النسب بشهادة رجلين عدلين لا بشهادة رجل وامرأتين ولا رجل ويمين ولا
شهادة فاسقين وان كانا وارثين اعتبر الشيخ في المبسوط لثبوت النسب اقرار رجلين عدلين
او امرأتين من الورثة مع انه قال في هذا الباب انه لا يسمع شاهد وامرأتان ولا شاهد ويمين
والمختار هو المشهور وهنا سؤال وهو انهم ذكروا في باب الشهادات ان النسب يثبت بالشياع و
ذكروا هنا انه لا يثبت الا بشاهدين ذكرين عدلين فلا بد من تنقيح البحث وقد يقال انما اشترطنا
العدلين مع المنازع ولا اكتفاء بالشياع مع عدمه لو اقر الولد باخر فانكر الثالث ثبت
نسب الثالث مع عدالتهما فلو انكر الثالث الثاني لم يثبت نسب الثاني ويأخذ السدس و
الثالث النصف والاول الثلث لانه ثبت نسب الثالث بشهادة العدلين كان انكاره لنسب الثاني
مؤثرا فيأخذ الثالث النصف لانه الوارث مع الاول بزعمه ويأخذ الاول الثلث لانه بزعمه ثلثه
ويدفع ما زاد على نصيبه وهو سدس الاصل الى الثاني بمقتضى اقراره وعلى الاحتمال السابق
نهاني بيده فان مات الثالث عن ابن مقر دفع السدس الى الثاني ايضا المراد كون الابن
مقرا بكون الثاني ابنا ايضا كاقرار الولد الاول فينفذ اقراره في السدس مع انحصار الارث
فيه ولو انكر الاول وكان معلوم النسب لم يلتفت الى انكاره وللاول النصف وللاول السدس
ان صدقه الثاني اي لو انكر الثالث الاول ولا ريب انه اذا كان معلوم النسب لم يلتفت الى
انكاره وبدون ذلك يكون للثالث النصف لان الوارث بزعمه هو والثاني فان صدقت
الثاني الاول دفع اليه ما بيده السدس للاصل لانه فاضل عن حقه كما ذكرناه بزعمه وعلى
الاحتمال يشتركان فيما في يده لو اقر الوارث بمن هو اولى منه كان المال للمقر له فلو اقر العم

اى سدس صح

باخ

باخ سلم اليه التركة فان اقر الاخ بولد سلمت التركة الى الولد ولو كان المقر العم بعد اقراره بالاخ
الركه م فان صدقه الاخ فالتركة للولد وان كذبه فالتركة للاخ ويغرم العم للولد ان نفى وارثا غيره
والا فاشكال لا ريب انه اذا اقر الوارث بمن هو اولى منه بالارث ينفذ اقراره بالنسبة الى المال
لانه اقرار في حق نفسه فلو اقر عم الميت الحادث ظاهرا باخ سلم اليه التركة فان اقر الاخ بولد نفذ
اقراره ولو كان المقر بالولد العم بعد اقراره بالاخ فان صدقه الاخ فلا بحث وان كذبه فالتركة
للاخ لانه استحقها بالاقرار فلا يلتفت الى رجوع المقر وهل يغرم العم للولد لانه فوت عليه
التركة التي هي حقه باقرار العم لاقراره بالاخ او لا ينظر ان كان حين اقر بالاخ نفى وارثا غيره
غرم لا محالة لان ذلك يقتضي ان تكون التركة للاخ فيكون هو المفوت لها والا فاشكال ينشأ من انه
باقراره بالاخ اولا من دون ثبوت نسب الولد هو المفوت للتركة ومن عدم المنافاة بين الاقرارين
فاة لامكان اجتماعهما على الصدق فلم يصدر منه مناف للاقرار بالولد وفيه نظر اذ لا يلزم من عدم المنا[فاة]
عدم الغرم والمقتضي للغرم هو اقراره بالاخ اولا المقتضي لاستحقاقه جميع التركة فاقراره به على هذا
الوجه بمنزلة ما لو نفى وارثا غيره لانهما بمنزلة واحدة في وجوب دفع التركة الى الاخ المقتضي للاقرار
فيغرم وهو مختار الشيخ في النهاية والتحقيق في المسئلتين معا انه على ما اذا انقرض الى نفي وارث
يوم م غير الاخ وعدمه ان يبنى ذلك على انه هل يكتفي المقر بمجرد الاقرار ام يجب البحث على الحاكم ليعلم
انحصار الارث في المقر به انما يرفع الامر اليه وتبيان فقد تقدم في احكام المقر له اصحهما وجوب
البحث فعلى الاصح ان دفع العم بغير اذن الحاكم ضمن لانه المباشر للاتلاف وان دفع باذنه او كان
الدافع الحاكم فان كان بعد البحث والاجتهاد فلا ضمان على احدهما والا فهو من خطأ الحكام ولا فرق
في ذلك كله بين ان ينفي وارثا غيره او لا اذ لا عبرة بذلك في وجوب الدفع وعدمه وعلى الوجه الاخر
انه يستقل العم بدفع التركة الى الاخ وجب القطع بضمانه لانه المباشر للاتلاف وان كان باذن الحاكم
استنادا الى اقراره فان نفى وارثا غيره ضمن ايضا والا فالوجهان والاصح تفريعا على القول بالضمان
ايضا وقد قرر ما شيخنا الشهيد في هذا في بعض حواشيه وما قررناه يعلم انه اطلاق المصنف الحكم هنا
بالغرم على نفي غيره والاشكال بدونه مع انه اختار في السابق وجوب البحث مع اقرار المقر بعدم وارث
سوى المقر به غير مستقيم . ولو اقر الاخ بولد للميت فالمال للولد فان اقر باخر فان صدقه الاول
فالتركة بينهما وان كذبه فالتركة للاول ويغرم النصف للثاني وان انكر الثاني الاول اي نحو الاخ
نصف التركة للثاني لاقراره بالاول او لا المقتضي للتفويت وينبغي على ما ذكره المص في المسئلة السابقة

اعتبار نفي وارث آخر وعدمه وعلى ما حققناه ينظر هل الدافع للتركة هو الاخ استقلالاً ام بامر الحاكم
الى آخر التحقيق ومنه يعلم الفتوى وعطف قوله وان انكر الثاني الاول بان الوصلية للتنبيه على ان الاخ
لا يغرم للثاني سوى النصف وان زعم انه لا شريك له في الارث كما يسبق اقرار الاخ بالاول وبقايه على
ذلك المقتضي لاستحقاقه الارث فيقتضي اقرار الثاني مع الاول باستحقاق الثاني نصف التركة نعم
لو رجع عن اقراره الاول واقر باختصاص التركة في الثاني غرم الجميع في موضع يتوجه الغرم قال
اقر بثالث فان صدقه الاول فله النصف وان كذبه غرم المقر الثلث اما اذا صدقه فلان الوارث
بزعم الاول اثنان فيستحق باعتراف الجاني للتركة نصفها فيدفعه اليه ويغرم النصف للثاني من المقر
بحاله ان كذبه لانفراده بالثالث وان صدق فالثلث خاصة وان كذبه الاول غرم الثلث لانه فوت عليه
باقراره ثلث التركة ولا عبرة بتصديق الثالث بالاولين وعدمه كما سبق ولا يخفى ان اطلاق الغرم
يرجع في تنقيحه الى ما سبق ولو اقر بولد لهم باخر فصدقه الاول وانكر الثاني الاول فالتركة للثاني
ولا غرم اما ان التركة للثاني فلان نسبه ثبت بقولهما دون الاول واما انه لا غرم هنا اذا كانا
عدلين والا كان له النصف خاصة اذ لم يعترف له الابن والنسب لم يثبت كما نبه عليه شيخنا الشهيد
في حواشيه وينبه عليه قول المص في المسألة الاولى من هذا النوع ويغرم النصف للثاني وان انكر الثاني
الاول واما انه لا غرم فلانه لم يقع منه للاخ تفويت حق اقر به لاحدهما لو اقرت الزوجة مع الا
بولد فان صدقها الاخوة فالمال للولد وكذا كل وارث ظاهر اقر باولى ولو اقر بمساو دفع نسبة
نصيبه ولو كذبها الاخوة فلهم ثلثا الارباع وللولد الثمن وللزوجة الثمن لا يخفى ان المراد بقوله
فان صدقها الاخوة فالمال للولد ان للولد ما زاد على الثمن سهم الزوجة وما ذكره هنا لهنا يلاحق
واعتبر كون الوارث وارثاً ظاهراً اذ لو لم يكن كذلك لم ينفذ اقراره لانه اقرار على الغير ولا يخفى ان
كونه وارثاً في الواقع مناف لصحة اقراره فيمتنع اعتباره ومتى اقر الوارث الظاهر بمساو دفع اليه
مما في يده بنسبة نصيب المقر به من التركة فلو كان المقر احد الابنين دفع ثلث ما في يده وعلى
الاحتمال النصف ولو قال دفع ما بيده ما زاد على نصيبه مع المقر به لكان اوفق بالمختار وانما تدفع الزوجة
مع تكذيب الاخوة الثمن لانه الفاضل عن نصيبها بيدها وعلى الاحتمال السبعة اثمانه لو اقر
الاخ بولدين دفعة فصدقه كل واحد عن نفسه لم يثبت النسب ويثبت الميراث فياخذ كل واحد
النصف ولو تناكرا بينهما لم يلتفت الى تناكرهما لما كان الاقرار بهما دفعة لم يلزم اختصاص احدهما
بالتركة فانه لم يلتفت الى تناكرهما لان مقتضى اقراره استحقاقهما الارث معاً وهو المعتبر لصدوره

حيث كان

حين كان وارثاً ظاهراً ولو اقر احدهما بصاحبه دون العكس لم يختلف الحكم صرح به في التحرير و
ينبغي ان تقيد بما اذا لم يكن المقر ما للاخ عدلين والا كانت التركة للآخر ولا غرم   ولو اقر
احد الاخوين بولد وكذبه الآخر اخذ الولد نصيبه من المقر خاصة فان اقر المنكر بآخر دفع اليه
ما في يده ولا غرم على الاخ الاول لو اقر بالولد الثاني لوصول نصيب كل من الولدين اليه   ولو اقر
بزوج للميتة الولد اعطاه ربع ما في يده ولو لم يكن ولد اعطاه النصف   انما يقع هذا الاقرار
ممن يشارك الولد في الارث سوى الزوجين وذلك هو الابوان او احدهما اما الولد فلا غير وحينئذ
فلا يستقيم اطلاق الحكم باعطاء الزوج ربع ما في يده مع الولد او نصفه مع عدمه لانه مع عدم الولد
ينحصر صحة الاقرار في الابوين ومعه يتصور مع فرعه منهما او منه لو لم يعلم ان احد الابوين لو لم
الولد للسدس وهما معاً السدسان والزوج لا يزاحمهما في ذلك نعم في صورة يقع الرد يدفع ما في يده
ما فضل عن نصيبه مع الزوج وليس ذلك نصفاً ولا ربعاً ولو كان المقر الاب ولا ولد دفع النصف
سواء كان معه ام ام لا ولو كانت الام مع الحاجب الى السدس فلا شيء وبدونه يدفع ما فضل عن نصيبها
مع الزوج ولو كان الولد دفع مما في يده ما فضل عن نصيبه مع الزوج فلو اقر الذكر مع احد الابوين
دفع مما في يده ربع التركة وكذا لو اقرت الانثى معهما ولو كانت مع احدهما لم يدفع الربع كملاً ومنه
يعلم حكم الاقرار بالزوجة   فان اقر بزوج آخر لم يقبل فان اكذب اقراره الاول لغرم للثاني ما دفع
الى الاول وهل يثبت الغرم بمجرد الاقرار او بالتكذيب الظاهر من كلام الاصحاب الثاني لا ريب انه
لو اقر الوارث بزوج آخر لا يقبل في حق الزوج المقدم اولاً ويغرم للثاني ان اكذب اقراره الاول لا
عترافه بتضييع نصيبه بالاقرار وهل يغرم بمجرد الاقرار من دون تكذيبه فيه وجهان احدهما   يغرم ظ
نعم لان الاصل في الاقرار الصحة وكون الثاني هو الزوج امر ممكن وربما ظن ان الاول هو الزوج
فاقر ثم تبين خلافه والغاء الاقرار في حق المقدم لا ينافي صحته بنافي عموم قوله اقرار العقلاء
على انفسهم جائز ولو حكمنا بفساد الاقرار بمجرد تطرق الاحتمال لبطل اكثر الاقارير والثاني
لا واسنده المص الى ظاهر الاصحاب لانه لما اقر بزوجية الاول نفذ الاقرار بكونه وارثاً فحكم بمقتضا
فلما اقر بزوجية آخر كان اقراراً بامر ممتنع في شرع الاسلام فيجري مجرى اقراره بسائر الممتنعات
وارتكاب التاويل بالحمل على ارادة الكذاب نفسه في الاقرار الاول لخلاف الظاهر وما اشبه هذه
المسئلة بمسئلة الاقرار للحمل وقد سبق تحقيقه مع الاطلاق وتنزيله على ما يصح معه الاقرار فيكون
الوجه الاول هنا اقوى   ولو اقر بزوجة للميت اعطاها ثمن ما في يده ولو خلا عن الولد اعطاها

الربع فتقدم الكلام في الاقرار بالربع وتحقيق مقتضى الحال فيه ومثله آتٍ هنا فلا حاجة الى اعادته
ومنه يعلم صحة اطلاق العبارة واجرائها على ظاهرها فان اقر باخرى فان صدقته الاولى اقتسما
والا غرم لها نصف ما اخذت لا بالحجر حصته هذا صحيح لان كل موضع يدفع المقر الى الزوجة المقر بها
اولا شيئا مما في يده يغرم نصفه للمقر بها ثانيا لو اكذبته فقد علم انه ليس كلما غرمنا لوارث يدفع ذلك
فليس كل مقر يغرم ولو اقر بثالثة اعطاها الثلث فان اقر برابعة اعطاها الربع المراد مع اكذاب
الباقيات اياه في الاقرار والاخذ من المصدقة بالنسبة فان اقر بخامسة لم يلتفت اليه على اشكال هنا
مثل الوجهين السابقين في الاقرار بزوج ثان والاولى بالصحة هنا الاكتفاء الخامسة فالحديث فان
انكر احديها لا بربع غرم لها ربع الثمن او الربع اي غرم للخامسة ربع الثمن مع الولد وربع الربع بدونه
ولو كان اقراره بالاربع دفعة ثبت نصيب الزوجية لهن ولا غرم سواء تصادقن او لا لان اقراره لم يتناقض
منافيا للاول الا اذا ثبت لو اقر الاخ من الاب بأخ من الام اعطاه السدس فان اقر الاخ من الام باخوين منها
وصدقه الاول سلم الاخ من الام اليهما ثلث السدس بينهما بالسوية ويبقى معه الثلثان ويسلم اليهما الاخ
من الاب سدسا آخر ويحتمل ان يسلم الاخ من الام الثلثين ويرجع كل منهم على الاخ من الاب بثلث
السدس انما وجب ان يدفع الاخ من الام اليهما ثلث السدس لان ذلك هو الفاضل عن نصيبه
لان نصيبه ثلث الثلث لان للاخوة من الام ثلث الاصل بينهم بالسوية فيكون لكل واحد من هؤلاء
ثلثه وقد نص الاصحاب على ان المقر يدفع ما بيده مما فضل عن نصيبه ووجه الاحتمال ان مقتضى الشركة
ان ما حصل فهو للشركاء وما ذهب فمنهم وما في يد الاخ للاب خارج عنهما وهذا هو مقتضى ما سبق
في البيع وهو الذي يقتضيه الدليل لان الاول هو ما ذكره الاصحاب ولو كذبه فعلى الاول للاول
ثلثا السدس ولهما الثلث وعلى الثاني السدس بينهم اثلاثا ويعلم حال الاخ من الام مما سبق على
كل واحد من الاحتمالين ولا يختلف ذلك بتصديق الاخ من الاب ولا بتكذيبه اما الاخ من الاب فانه
مع تكذيبه يكون الفاضل عن السدس له والفريضة على الاول من ستة وثلثين وعلى الثاني
من ثمانية عشر اذا اعترف الولد بالزوجة اعطاها الثمن فان اقر باخرى اعطاها نصف الثمن
ان كذبته الاولى فان اقر بثالثة فاعترفت الاوليان بها واعترفت الثانية بالاولى استعاد من
الاولى نصف الثمن ومن الثانية سدسه فيصير معه ثلثا الثمن يسلم الى الثالثة منه ثلثا ويبقى له ثلث
آخر وجه اعطاء الثانية نصف الثمن انه لم يعترف لها بانها زوجة فلذلك فلها لتصديقها بالاولى
تكذيبها فاما اذا اقر بثالثة واعترف الاوليان بها واعترفت الثانية بالاولى كان لها ثلث الثمن

بانكاره واعتراف الثانيه ونصفه باعتراف الاولى فيستعمل منا الاولى النصف ومن الثانيه السدس لانه فاضل عن نصيبها فيصير معه ثلثا الثمن يدفع منه ثلثا الى الثالثه ويبقى الثلث الآخذه عوضا عما اغترمه ويفوت منه سدس الثمن والفريضه من ثمانيه واربعين لانا نطلب مالا له ثمن ولثمنه سدس ولو كان احد الولدين عبدا او كافرا فان الحر المسلم باخذ فاعتق العبد او اسلم الكافر قبل القسمة شاركه والا فلا × ولو كذب بعد زوال المانع او قبله الثاني فلا شي له الا ان يرجع الى التصديق اي تركا ميت ولدين واحدهما كافر او عبد فان الوارث هو الحر المسلم بالابن آخذ فان عتق العبد او اسلم الكافر مع تفرقته القسمة يبتقي بثبوتا الارث لا بعدها ولو ان هذا كذب بالمقربه سواء كان قبل زوال المانع او بعده لم يستحق شيئا لانتفاء القسمة بزعمه انا الوارث واحد بقوله ولو رجع الى التصديق استحق لاعتراف المقر والمقر به باستحقاقه ومتى رجع المقر له عن الانكار قبل ولو كان احدهما غير مكلف فان المكلف باخذ عن الغير المكلف النصف فان اعترف بعد زوال المانع دفع الفاضل عن نصيبه وان كذب ملك المدفوع × انما يدفع ليس المكلف النصف لان الانكار غير ماض عليه ولا يعتد بتصديقه وتكذيبه الا بعد الكمال فيترتب على كل مقتضاه ولو مات قبل الكمال وتخلف السدس عاصبا فان كان قد اذن الحاكم للايقاف فهو للورثه والا فثلثاه اي لو مات غير المكلف قبل الكمال وتخلف من النصف السدس بسبب الاصل وهو ثلث النصف فان كان الحاكم قد اذن له للايقاف بان قسم النصف ووقف حصته غير المكلف منه على تقدير التصديق وهو ثلث الاصل وترك السدس للايقاف الى ان يكمل غير المكلف فلم يتم له الى حين موته سواه فهو للورثه لان الوارث لغير المكلف هو اخوه المقر وهو معترف له به وان لم يكن قد اذن الحاكم للاتيان بل كان النصف باجمعه موقوفا الى ان ذهب ثلثاه وبقي ثلثه كان للورثه ثلثا السدس ثلثه بسبب كونه شريكا في النصف بثلثه بزعمه لان الذاهب منه لشريكين والباقي لهما وثلث بالارث من اخيهما والثلث الآخر للمقر وينبغي ان يقال ان هذا انما هو اذا كان ذهاب الثلثين بآفة سماويه ولما اذا كان بايقاف الحاكم وبه جرى مجراه على الطفل فينبغي ان يقال ان حصة المقر به من التالف في النفقه وقدرها ثلثا السدس يقدم بمثل تلك لاعتراف الوارث بان ذلك ليس حقا للطفل بل للمقربه ولو اقر احد الولدين باب وانكر الثاني ثم مات المنكر عن ابن مصدق فالاقرب ثبوت نسب العم ويقبل العم لكن باحتمال تركة الميت فاضلا عن نصيبه × وجه القرب انه قد شهد بالنسب شاهدان عدلان لان الكلام انما هو على تقدير العداله فيجب الحكم بالثبوت لان شهادة العدلين في النسب

بالمقر به فان كان قبل قسمة التركه بين المقر والمقر به شاركه وان كان بعدها فلا ارث كما سيأتي انشاء الله تعالى في الميراث من ان زوال المانع من الارث قبل م

والغرز عزل شيء من شيء وتميزه كالافراز ذكره في القاموس م

محجة م

ويحتمل العدم لان شهادة ابن الابن تتضمن الشهادة على ابيه لانها تقتضي تكذيبه اذ الفرض
ان اباه انكر او لان شهادة الابن على الاب غير مسموعة لكن يأخذ منه التركة ما زاد على نصيب الابن
ويضعف بان ذلك ليس شهادة على الاب بوجه من الوجوه واقتضاؤها تكذيب الاب لا يستلزم كونها
شهادة عليه ولا عدم سماعها فهذا لو شهد شاهد لزيد على عمرو بحق ثبت مع استيفاء الشروط
ولا اعتبار بكون ابا الشاهد مكذبا او لا والاصح الثبوت   ولو اقر الولد بزوجة للميت اخرى فان
صدقته الاولى فالثمن بينهما والا فللاولى ولا غرم الا ان كان الثمن للاولى على تقدير عدم تصديقها
لان زوجيتها ثابتة بخلاف المقر بها اما ما لم يكن على الولد غرم لان ارثها على تقدير ثبوت زوجيتها
انما هو من الثمن الذي فيه مشاركة الاخرى وليس بيد الولد منه شيء ويجيء على احتمال البعض المتقدمة
فيما اذا اقر بعض الورثة بدين على الميت هو ان جميعه يؤدى من نصيب المقر مع السعة ان تأخذ
الدفعة هنا من نصيب الولد بالنسبة وكذا يجيء على احتمال الاشتراك   ولو اقر الاخ من الام باخ اما
الاب او منها لام او منهما اذ ذكر به الاخ من الاب فالمقر حصته كملا وهي السدس وذلك لان يقتضي اقراره
ان يكون لهما الثلث لكل منهما السدس فلا يدفع ... الفاضل عن استحقاقه وعلى الاحتمال الثاني المذكور
في الفرع السابق يشتركان فيه   وكذا لو اقر باخوين من الاب او منهما لانه يأخذ منهما السدس كملا ولا تاثير
اقراره ... عليه   ولو كانا من الام فانه يدفع اليهما ثلث السدس لاعترافه بانهما شريكان في الثلث
لكل منهم تسع وفي يده سدس وهو تسع ونصف تسع فيفضل في يده نصف تسع ... ان للاخوة من الام ثلث التركة
بينهم بالسوية لكل منهم ثلثه وهو تسع وبيده اعني المقر سدس وهو تسع ونصف فيكون معه زيادة
على استحقاقه بمقتضى اقراره نصف تسع وهو ثلث السدس فيدفعه اليهما فيشتركان فيه بالسوية
فالفريضة من ستة وثلاثين لانا نطلب مالا لتسعه تسع ولتسعه ربع وهو مضروب اربعة في تسعة
وعلى الاحتمال يستوون فيما في يده   ولو اقر الاخوان من الام باخ منها دفعا اليه ثلث ما في يدهما
صدقهما الاخ من الاب او كذبهما ولو اقر به احدهما خاصة دفع ثلث ما في يده ولا اعتبار بتصديق
الاخ من الاب او تكذيبه لكن لو صدق وكان عدلا كان شاهدا فان كان المقر عدلا ثبت النسب والا
فلا وذلك لان المتعدد من الاخوة من الام لهم الثلث بينهم بالسوية سواء زاد على اثنين
ام لا فلا اثر لتصديق الاخ من الاب اياهما في الاقرار بالاخ الثالث من الام وتكذيبه ولو اقر به احدهما صدقهما
خاصة دفع اليه ثلث ما في يده على المختار لانه الفضل على استحقاقه ولا اعتبار بتصديق الاخ من الاب
في ذلك وتكذيبه نعم ان صدق وكان عدلا مع عدالة المقر ثبت النسب فيأخذ ثلث ما في يد الآخر ايضا   الفصل

المقصد الرابع
في الوصايا
وفيه فصول الاول في
اركانها ومطالبه
اربعة الاول الوصية
...

تبك

تمليك عينا ومنفعه بعد الموت الوصيه ماخوذه من وصى يصي وصية واوصى يوصي ووصى يوصي
توصيه يقال وصى الشي بكذا اذا وصله به وارض واصيه اي متصلة النبات وسمي هذا التصرف
وصية لما فيه من وصلة القربة الواقعة بعد الموت بالقربات المنجزة في الحياة وقد عرفها المص
بانها تمليك عين او منفعه بعد الموت فقوله تمليك عين او منفعه بمنزلة الجنس يشمل الهبة والوقف
وسائر التصرفات المملكه وفي ذكر العين والمنفعة تنبيه على متعلقي الوصيه ويندرج في العين
بنة م الموجودة بالفعل والموجودة بالقوة كالشجرة والثمرة المتجددتين ويندرج في المنفعه المؤقتة والمؤ
والمطلقة وقوله بعد الموت كالفصل يخرج به الهبه وغيرها من التصرفات المنجزة في الحيات وينتقض في عكسه بالوصيه
بالولايه فانها ليست تمليكا لاحد الامرين وبالوصيه بالعتق فانه فك والتدبير فانه وصيه عند كثير ووقف
المسجد فانه فك وتنتقض بالوصيه بالمضاربة والمساقاة فان قيل انما يملكان الحصة من الربح والثمرة قلنا
قد لا يحصل ربح ولا ثمرة فينتفي التمليك وزاد في التذكرة تبرعا ويشكل بخروج الزيادة بدونه والوصيه بالبيع
وغيره من المعاوضة لان ذلك وصيه لا تبرع فيه وعرفها شيخنا الشهيد في حواشيه بانها تنفيذ حكم شرعي
اقسام ل من مكلف او في حكمه بعد وفاته ويشكل بعدم صدقه على شي من اقسام الوصيه لان المنفذ لها هو الموصى اليه
او الحاكم وفي الدروس بانها تمليك العين او المنفعة بعد الوفات او جعلها في جهة مباحه ويشكل بان الجعل
في جهة مباحه لا تصدق على الوصيه بالولايه و لا على هذا الوصيه بالعتق ونحوه اذ ليس الوصيه بذلك نفس جعل
العين او المنفعة في جهة مباحه بل الجعل هو الثمرة المترتبة على الوصيه وتفتقر الى ايجاب وهو كل
لفظ دال على ذلك القصد نحو اوصيت بكذا او افعلوا كذا او اعطوا فلانا بعد وفاتي او لفلان كذا
بعد وفاتي او جعلت له كذا اشار بذلك القصد الى ما اقتضاه قوله تمليك عين الخ وفي اعتباره القصد اشعار
بان خصوص اللفظ لا ينحصر بل يستوي الكناية والتصريح اذا علم القصد ولو قال هو له فهو اقرار ولا
لا يقبل منه حمله على الايصاء الا ان يقترن بما يفسد الاقرار كما لو قال هو من مالي له فهو وصيه اذا قال
هو له فهو اقرار لصراحته في ذلك واحتمل المص في التذكرة انه لو قال نويت انه له بعد الموت يكون وصيته
اعرف ل لاحتمال اللفظ له وهو اعلم بنيته وقصده وهو ضعيف لان ذلك تصرف في اللفظ الصريح في الاقرار
بما يقتضي ابطاله واذا اقترن بما يفسد الاقرار كقوله هو من مالي له بناء على ان اضافة المال الى نفسه ينافي الاقرار
به للغير تعين حمله على كونه وصيه ويشكل بانتفاء ما يدل على قصد الوصية ذلك وفساد الاقرار غير كاف
في وجوب صرف اللفظ الى الوصيه نعم لو وجد في اللفظ ما يقتضي ذلك كقوله بعد وفاتي فهو وصيه وكذا لو
دلت على ارادته قرينه ويبعد فالمعتمد العدم ولو قال عينت له كذا فهو كناية تنفذ مع النية وكذلك لانه

لا يدل على قصد الوصية بشيء من الدلالات فان التمليك قد يكون للتمليك وللاعارة وللعزم وانه لو لم يوجد

قرينة تدل على ارادة ذلك لم يحكم بكونه وصية ولا تمليكاً ولو قال وهبته وقصد الوصية لا التنجيز فالا

صحة التفسير لانه بمنزلة ملكت / وصحة الوصية بملكت ثابتة فكذا وهبت لكونه بمنزلته ويحتمل العدم لانتفا

دلالة اللفظ على هذا المعنى لغة وعرفاً بل الهبة والوصية متباينتان فلا يقع لفظ احدهما على الاخر

بخلاف ملكت الذي هو كالجنس للوصية والحجة ان يقال ان وجد قرينة حالية او مقالية تدل على ارادة

الوصية بلفظ الهبة تعين الحمل على الوصية لان غايته ان يكون مجازاً ولا يمتنع ذلك في الوصية والا فان

وجد اللفظ نفوذاً في موضوعه وصدر على وجه حقه ان يمتنع لوقوع القبول والقبض بالاذن من

ذي الرحم المقتضي لخروج العين عن ملكه على وجه اللزوم لم يلتفت الى قوله ما يخالف ذلك وبدون

ذلك فالوجه قبول تفسيره لبقاء سلطنته على العين فيقبل قوله في مقصوده باللفظ الصادر عنه

وقبول الموصى بعد الموت ولا شك انه تتم لما كانت الوصية عقداً اعتبر فيها مع الايجاب القبول كساير

العقود الا ان يكون الموصى له غير منحصر كالفقراء وبني هاشم او يكون الوصية في مصلحة كنحو مسجد و

قنطرة ثم ان اصح القولين للاصحاب عدم اعتبار القبول لو وقع في حال الحياة لان الايجاب في الوصية

انما تعلق بما بعد الوفاة لانها تمليك بعد الموت فلو قبل لم يطابق القبول الايجاب فان قبل المراد قبوله

التمليك بعد الموت قلنا اما قبل الموت لما لم يكن متعلق الايجاب وجب ان لا يعتد بالقبول الواقع فيه كما

لو باعه ما سيملكه فقبل ولان القبول اما كاشف او جزء السبب فلانه اذا تم العقد وجب ان يترتب

عليه اثره وهو هنا ممتنع قبل الموت ولقائل ان يقول لم لا يجوز ان يكون الموت شرطاً لحصول الملك بالعقد

كالبيع فانه لا يثمر الملك الا بعد انقضاء مدة الخيار على راي الشيخ وجوز ابن ادريس القبول قبل الموت و بعد

ويلوح من الدروس اختياره ومختار المص اقوى والا لم يعتبر قبول الوارث ولا رده لو مات الموصى له قبل

موت الموصي وقد قبل وهو باطل لان اطلاق الاصحاب يقتضي عدم الفرق بين تقدم قبول الموصى له

وعدمه فيكون قبول الوارث ورده معتبراً وبما ينتقل الملك مع موت الموصي ولا يكفي الموت بدون القبول

وبالعكس لما سبق من ان الوصية عقد فلا بد فيها من القبول وانه لا يعتبر الا بعد الموت او لا يؤثر بدونه على

اختلاف القولين ولا يشترط القبول لفظاً لكونها شرعت على عدم نهج العقود اللازمة واكتفى

فيها بالكتابة ومن ثم لم يعتبر في القبول اتصاله بالايجاب على الوجه المعتبر في العقود اللازمة بل ذلك بما

ينفى على القول بان القبول انما يعتبر بعد الموت والى ذلك وما بعوله ولا اتصال القبول الا انه بقوله

فلو قبل بعد الموت بمدة او في الحياة بمدة صح ما لم يرد × تتفيه امران احدهما ان الاتصال المنفي

اعتبار التفسير من المالك م

وعلى كل تقدير يمتنع اعتباره قبل الموت اما اذا جعل كاشفاً فلان الكاشف عن الملك يجب ان يتأخر عنه ويمتنع الملك قبل الوفاة واما اذا جعل جزء السبب م

بل يكفي الفعل الدال عليه كالاخذ والتصرف وذلك لان الوصية غير منجزة فلم تشترط فيها القبول لفظاً ص

قدب

حزي

هامش

هو اتصال القبول بالموت والا لم يتفرع عليه صحة قبوله بعد الموت بمدة وليس كذلك قطعاً اذ المنفي
هو الاتصال المعتبر بين الايجاب والقبول كما في العقود اللازمة فان قيل ربما اتصل الموت بالايجاب فلا
فلا يتحقق التراخي حتى يتراخى القبول عنه قلنا اولاً ان تاخيره الى ما بعد الموت غالباً يقتضي التراخي
فلا حاجة الى اعتبار المدة بعده وثانياً ان اعتبار المدة بعده يشعر بان المنافي للاتصال هو هذا التراخي
دون التراخي الواقع بين الموت والوصية ولو قال فلو قبل بعد الموت ولو بمدة لكان اولى والثاني
ان حكمه بالصحة لو وقع القبول في الحياة بعد مدة ينافي ما سبق من قوله ولا اثر للقبول لو تقدم وتأوله شيخنا
الشهيد بان المنفي اولاً هو اثر خاص وهو نقل الملك والمراد بالصحة هنا الاكتفاء به عن القبول بعد
الموت وهو مخالف لمختار المص في المختلف وان طابق اختياره في التحرير ومقتضى قوله ما لم يرده انه لو رد
لم يكن له القبول سواء كان الرد في الحيوة او بعد الموت لكنه نقحه بقوله فان رد في حيوة الموصي جاز ان يقبل
بعد وفاته اذ لا اعتبار بذلك الرد واعلم ان قضية اعتبار القبول في الحيوة اعتبار الرد فيها ايضاً لفوات
احد ركني العقد حين اعتباره ولو رده بعد الموت قبل القبول بطلت وان كان بعد القبض اي بطلت وان
كان الرد بعد القبض فهو وصلة لما قبله واعلم ان اقسام الرد بعد الموت اربعة هذا احدها ولا خلاف
في حكمهما وبعده لا تبطل وان كان قبل القبض على راي اي وبعد القبول لا تبطل وان كان قبل القبض على
راي في الاخير وهو المدلول عليه بجملة ان الوصلية وهذان القسمان الباقيان من الاربعة وقول المص
ولو كان بعده لم تبطل اجماعاً هو احد هذين القسمين وكانه انما اعاد ذكره لتناديه الاشتباه بالاجماع اذا عرفت
ذلك فالراي المشار اليه هو مختار المص والمحقق نجم الدين وذهب الشيخ وابن حمزة الى صحة الرد وبطلان
الوصية لان ملك الموصى له لا يستقر الا بالقبض كما في الوقف ولان الهبة تبطل بالرد قبل القبض وهو
اقوى من الوصية والحاقها بها قياس والاولوية المذكورة ممنوعة فانها انما تكون مع تحقق العلة وكونها في
الفرع اقوى ولا نسلم ان المنجز اقوى من المعلق على الموت فانه قايم فان الملك في الوقف والهبة انما يكون
بالقبض بخلاف الوصية فان القبول اما كاشف او ناقل والاصح مختار المص لان زوال الملك بعد ثبوته
يتوقف على وجود السبب الناقل والاصل عدمه ولعموم قوله تع ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان
تكون تجارة عن تراض ولو رد بعضاً صح فيما قبله المدار بان رد بعضاً وقبل بعضاً فحكمه الصحة فيما قبل
والبطلان فيما رده اعطاء لكل منهما حكمه وليست الوصية كالبيع ونحوه يجب فيها مطابقة القبول للا[يجاب]
لانها تبرع محض فلا تتفاوت الحال فيها فلا يجب قبول الكل والبعض ومن ثم لو زادت عن الثلث
بطل الزايد خاصة ولم ينظر الى النقص بالشركة لكان الموصى به شيئاً واحداً وبجزء راس العبد مثلاً

يجاب

وقبل الموصى له

[illegible]

اشكال ينشأ من بطلان افراده فيبطل الرد والوصية اي لو رد بعضاً لم يكن افراده بالحكم كالعبد
الموصى به وبيعه فيصح الرد وبطلانه اشكال ينشأ من امتناع افراده حتى لو خصته بالرد كان باطلاً
فيحتمل بطلان الوصية لان النا الناس قد يعتبر به عن الجملة واقل احواله ان يكون مجازاً والاصل في اللفظ
الحلف واقواله الصحة الصيانة عن الهذر ولان قبول الوصية في البعض ولا يتم الا بعد الجميع وليس في
كلامه ما ينافيه فيجب تحقيقه تحصيلاً لمراده بحسب الممكن ويحتمل الرد لان رد البعض وحده ممتنع بطلان م
ولم يتعرض لرد ما سواه فيتمسك فيه باصالة بقاء الوصية ويضعف بان ذلك يقتضي الغاء رده
في الجزء المردود ومع امكان تنفيذه فالبطلان اقرب وقد اشار المص الى وجهي الاشكال بقوله ينشأ من
بطلان افراده وفي بعض النسخ افراده بالذي عوض الدال فانه يلزم اما اختصاصه بالبطلان
لامتناع الرد فيه او سريانه الى الباقي لتوقفه عليه ولو مات قبل القبول قام وارثه مقامه في
قبول الوصية ولا يدخل في ملك الميت اي لو مات الموصى له قبل قبول الوصية قام وارثه مقامه في ذلك
فح لو قبل لم يدخل الموصى به في ملك الميت والبحث هنا يقع في امرين احدهما عدم بطلان الوصية وهو
المشهور بين الاصحاب سواء كان موت الموصى له قبل موت الموصي او بعده وقيل تبطل الوصية واختاره
المص في المختلف وبعض المتقدمين خص البطلان بما اذا مات الموصى له قبل موت الموصي له كالى والاصح
الاول لرواية محمد بن قيس عن الباقر ع قال قضى امير المؤمنين ع في رجل اوصى لآخر والموصى له غائباً
فتوفي الذي اوصي له قبل الموصي قال الوصية لوارث الذي اوصي له الا ان يرجع في وصيته قبل موته
وهو نص في الباب ولا منافاة بينها وبين صحيحة ابي بصير ومحمد بن مسلم عن الصادق ع قال سئل عن صح
رجل اوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي قال ليس بشيء ومثلهما موثقة منصور بن حازم عنه ع لانهما
ان نزلتا على ان المراد ليس بشيء ينقض الوصية بل هي على حالها فهو ظاهر وان نزلتا على ان المراد بطلان
الوصية خصتا بما اذا عينها الموصي في حال حياته او علم منه تعلق غرضه بكونها للموروث لان
الاولى تدل نصاً وهاتان تقبلان التأويل وحينئذ فلا حجة فيهما للقائل بالبطلان والاحتجاج
بان الوصية للموروث ولا دلالة لها على استحقاق الوارث فيبطلها بشيء من الدلالات لا ينظر اليه
في مقابل النص الثاني اطلاق المص عدم دخولها في ملك الميت لو قبل الوارث لا يستقيم لانه ان قبل بعد
الموت وقلنا ان القبول كاشف كما سيأتي ان شاء الله اختياره في كلام المص دخلت في ملك الميت وسيأتي
تحقيقه ان شاء الله تع وعليه نزلها ذكر المص في العتق من انه لو اوصي ببعض ولده فمات قبل القبول فقبل وارثه
ولده وقبل الوصية باجمعه انعتق على الاب ان خرج من الثلث فلا ان القابل فعلى هذا ينبغي ان ينزل كلام المص

هنا

هنا على موت الموصى له في حيوة الموصي وما في العتق على كونه بعد موت الموصي فلو اوصى بالحامل والحمل
من الزوج لم فات قبل القبول فقبل الوارث لم ينعتق عليه ولا على الوارث الا ان يكون ممن ينعتق عليه
ولا يرث الا يكونوا اجماعه فرع على ما سبق ما اذا اوصى مالك الجاريه الحامل من زوجها بها او بالحمل
للزوج حيث يكون الحمل رقيقا للمولى بشرط ونحوه حيث يصح ثم مات الزوج قبل القبول وقبل موت
الموصي على ما حققناه ثم قبل الوارث فان الحمل لا ينعتق على الموصي له اذ لم يدخل في ملكه ولا على الوارث
الا ان يكون الوارث ذكرا والحمل انثى فاذا اعتق لم يرث الا ان يكون الوارث متعددا ليتحقق زوال
المانع من الارث قبل القسمة ولو انعتق على بعضهم كما لو كان الوارث ابنا وبنتا والحمل انثى
انعتق ثلثاها وورثت ثلثي سهم بنت مما عداها خاصه بخلاف ما لو انعتق ثلثاه قبل الوفاة كما
لو كان الحمل بحيث ينعتق على بعض الورثه دون بعض كما لو كان الوارث ابنا وبنتا والحمل انثى اختهما
ثلثاها بقبولهما وذلك نصيب الابن يبقى الثلث وهو نصيب البنت على الرقية لعدم انعتاقه
عليها كما هو ظاهر وترث ثلثي سهم بنت ببعضها الحرّ مما عداها خاصة لتقضي بها تماما سواها
ولو اتفق موت الموصي له بعد الموصي قبل القبول فقبل الوارث والصورة هذه لم ترث من نصيبها
لسبق تملك اخيها واختها ولذلك عتق سهم الاخ فيكون ذلك بمنزلة القسمة وترث ح
من كل ما عداها ولو قبل احد الوارثين مدة الآخر صح في نصيب القابل فان كان ممن ينعتق
عليه عتق عليه وقوّم الباقي اي عتق عليه نصيبه وقوّم عليه نصيب الباقي وفيه نظر تنشا
من التردد في ثبوت التقويم في مثل ذلك وتصح مطلقة مثل ان مت فثلثي للمساكين
ومقيدة مثل ان مت في مرضي هذا او سفري هذا او سنتي هذه او بلدي فثلثي للمساكين
فان برا او قدم او خرجت السنة عليه حيا او خرج من بلده فات بطلت المقيدة لا المطلقة التي
اختصاص الوصية بمحل القيد فلا وصية بدونه بخلاف المطلقة وهو ظاهر ومع العجز عن النطق
كفت الاشارة الدالة على المراد لصحيحة الحلبي عن الصادق عم ان اباه حدثه ان امامه بنت ابي العاص
بن الربيع تزوجت وجعا شديدا حتى اعتقل لسانها فاتاها الحسن والحسين عليهما السلام فجعلا
يسالانها عن الشيء وهي تشير براسها نعم ام لا واخبر ان انهما عليهما السلام اجازا ذلك مع انها
النطق فلا تكفي الاشارة لانتفاء دليل الصحة ولا تكفي الكتابة بدون الاشارة او اللفظ
وان عمل الورثة ببعضها على راي سواء شاهده يكتب ام لا وسواء اعترفوا بانه خطه او عرف ام لا
وسواء قدر على النطق اولا وسواء عمل الورثة ببعض الوصية ام لا وقال الشيخ في النهاية ان عملوا ببعضها

الوصيه

اذ لو لم نقل بذلك لانعتق عليها ما هي نصيبها كما لا يخفي
فلم ينعتق عليها منها شيء لانها لا ترث من الام الا ثلث
فلذا تبقى ثلثاها سهم بنت ثلثا ما عداها خاصه ٥

والامر ل

سواء شوهد كاتبا او اعترف
بانه خطه او عرف اذا وجدت
وصية بخط الميت ولم يكن اقر
بها ولا اشهد عليها لم يجب
العمل بها على الورثة ص

لتوهم العمل بجميعها لما رواه الصدوق عن ابراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت الى ابي الحسن ع رجل كتب
كتابا بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل اني قد اوصيت الا انه كتب كتابا فيه ما اراد
ان يوصي به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يامرهم بذلك فكتب ع ان كان له ولد
ينفذون كل شيء يجدون في كتاب ابيهم في وجه البر وغيره ولا دلالة فيها على مراد الشيخ والاصح الاول
لان الكتابة قد لا تكون على قصد الوصية وهو مختار ابن ادريس واكثر الاصحاب ويفهم من قول المص
ولا تكفي الكتابة بدون الاشارة انه لو اقترنت بها اشارة منه تدل على المراد كفت وقد تقدم في عبارته
الاكتفاء بذلك مع العجز عن النطق ولا شك فيه اما مع القدرة فقد احتمل المص في التذكرة الاكتفاء
بالكتابة من دون الالفاظ لا يقتضي الاكتفاء بما يجري مجراها من الاشارة والكتابة لان الاسباب الشرعية
انما يثبت بالتلقي من الشارع ولا دليل على الثبوت هنا – ولو كتب وصيته وقال اشهدوا علي بما في هذه
الورقة او قال هذه وصيتي فاشهدوا علي بها لم يجز لهم حتى يسمعوا منه ما فيه او يقرا عليه فيقر به وذلك
لان الامر المبهم لا يصح تحمل الشهادة به لان الشهادة مشروطة بالعلم لقوله ص وقد اشار الى الشمس على مثلها
فاشهد او دع وذهب ابن الجنيد وبعض العامة الى الاكتفاء بذلك وضعفه ظاهر فاما ان
قرا الشاهد مع نفسه فقال له الموصي قد عرفت ما فيه فاشهد علي به فالاقرب القبول لحصول
العلم ... عرفت لفظه والفهم على شهادة الموصي نفسه او الشاهد ... الفهم اولى لكونه اخبارا عن علمه
بما في الكتاب وانه ليس كذلك عنده فان شرط الاشهاد كون المقر عالما بما اقر به ووجه القرب ان ذلك جار
في الصراحة مجرى ما لو اخبرهم به تفصيلا لان الدلالة على الامور المتعددة اجمالا كافية كالدلالة
عليها تفصيلا ويحتمل العدم لبقاء الابهام مع الاجمال وهو ممنوع ومع قربه الثاني اقرب واذا رد
الوصية رجع المال الى التركة اذا وقع الرد بعد الموت وقبل القبول من الموصى له او من يقوم مقامه
بطلت الوصية وكان الموصى به بعده من جملة التركة يصرف في مصارفها ولا يخفى ان قوله رجع
توسعا لانه لم يخرج عن التركة بمجرد الوصية والموت ليعود اليها وان قلنا ان القبول كاشف
عن الملك بالموت لان الرد على هذا القول كاشف عن عدمه نعم على القول بان الموصى له يملك
بالموت ملكا غير ثابت فيستقر بالقبول وينتقل بالرد الى الورثة يستقيم ذلك الا انه قول غير
مرضي والمص ارتكب التوسع في ذلك ليس الا فان عين بالرد واحدا وقصد تخصيصه
بالرد لم يكن له ذلك اما لو رد في موضع يمتنع فيه الرد فان له تخصيص من شاء هبة اي حيث
كان رد الوصية يقتضي رجوع المال الى التركة فان عين الموصى له بالرد واحدا من الورثة قاصدا

لان ذلك بمثابة الكتابة وهي كافية في الوصية ويشكل بان الاكتفاء ... صح

والمص

بذلك

بذلك تخصيصه بالمردود لم يكن له ذلك وكان للجميع لان ردّه امتناع من تملكه فيبقى على ما كان عليه
ولانه لا يملك دفعه الى الاجنبي فلم يملك دفعه الى وارث بخصوصه بخلاف ما لو ردّ في موضع يمتنع فيه
الردّ لاستقرار ملكه عليه فان له ان يخص به من شاء من الورثة وغيرهم لانه ابتداء هبة وتمليك
نعم لو قال رددت هذه الوصية لفلان سئل عن مراده فان قال اردت تمليكه اياها فهي له هبة ان
قبلها فان قال اردت ردها على جميع الورثة لرضى فلان ففي حصة الجميع ان قبلها والا فان قبل
واحد فله حصته ويحصل الرد بقوله رددت الوصية او لا اقبلها او ما ادى معناه مقتضى ذلك
ان قصد الرد غير كاف في حصوله وهو صحيح كما ان ارادة القبول لا يكفي عنه وكما ان ارادة الذ
لا تعد مضيه ووجهه ان الاسباب من عقود وايقاعات والفسخ بوضع الشارع وتعيينه
فلا بد لها من عبارة متواضع عليها يستدل بها على المراد ولو كانت الوصية لغير معين
كفى في التمليك الايجاب والموت ولا يتوقف على القبول كما هي للفقراء وكذا لو وصى
للمصالح كعمارة مسجد وذلك لان القبول هنا متعذر لان اعتبر من جميعهم وليست الوصية للبعض
فيكتفى بقبوله ومتسبق في الوقف قول بقبول الحاكم عنهم وعن المسجد ولم يذكر مثله هنا ولعله
لكون مجال الوصية اوسع اذ لا يقدح فيها عدم التنجيز ولا يشترط صراحة الايجاب ولا وقوعه
بالعربية مع القدرة ولا فورية القبول فلم يستبعد عدم اشتراط القبول في الموضع الذي ذكره
وهل القبول كاشف عن انتقال الملك الى الموصى له بعد الموت او سبب فيه اشكال ينشأ
من انتفاء الملك عن الميت وعدم دخوله في ملك الورثة لقوله تعالى من بعد وصية فلو لم ينتقل
الى الموصى له بقي بغير مالك ومن كون القبول اما جزء من السبب او شرطا كقبول البيع وانتفاء الملك
عن الميت ممنوع كما لو قتل وكالمديون وكما لو نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته والاية
يراد بها من بعد وصية مقبولة والاقرب انه يمنع سببية القبول بل هو كاشف عن صحة
الوصية وفسادها اما المقتول والمديون فلا يملكان لكن الدين متعلق بالتركة تعلق الرهن بالدية م
والصيد لا يملكه الميت اختلف الاصحاب فيما به يملك الموصى له الوصية على اقوال ثلثة آ انه
بالقبول يتبين دخوله في ملك الموصى له من حين موت الموصي وبالعدمية يتبين دخوله في ملك الوا رث م
من حينئذ ويعبر عنه بكون القبول كاشفا وهو اختيار الشيخ في بعض كتبه وابن الجنيد
والمص هنا وفي التذكرة ب ان الملك ينتقل الى الموصى له بالقبول فيكون اما جزء السبب او شرطا

وهو اختيار الشيخ في كتاب الفطرة من الخلاف وابن ادريس والمص في المختلف ح انه ينتقل بالوفاة ملكا غير
مستقر وبالقبول يتحقق استقراره وبرده يبطل بالرد وهو قول الشيخ في موضع من الخلاف وحكاه في
المبسوط وضعفه واختاره المص في قد البحث هنا تنكرة ثم في آخر نفي الباس عن القول الاول ولا
ريب في ضعفه لانه يقتضي ثبوت الملك للموصى له بمجرد الموت قهرا كالارث وهو على خلاف الاصل
وايضا فانه لو صح ذلك لم يحتج الى قبول وارث الموصى له لو مات بعد الموصي وقبل القبول والرد
وظاهرهم الاطباق على اعتبار قبول الوارث ورده وفيه نظر فان لقائل ان يقول ينتقل الملك
اليه غير مستقر كانتقاله الى مورثه ولضعف هذا القول لم يلتفت اليه المص هنا وجعل الاشكال
باعتبار القولين الاخيرين ووجه الاول هو انه لولاه لزم بقاء الملك بغير مالك واللازم باطل اتفاقا
بيان الملازمة ان المالك هنا منحصر في الميت والموصى له والوارث والحصر هنا اجماعي اما الميت فيمتنع ملكه
لانه بالموت يخرج عن اهليته الملك ويصير كسائر الجمادات وينتقل امواله عنه ولهذا لا يتعلق به احكام المالكين وكذا الوارث لظاهر قوله تع من بعد وصية يوصي بها او دين ولو كان للقبول دخل في حصول
الملك للموصى له لكان المعتبر بعديته في ملك الوارث هو الوصية المقبولة لا مطلقا فاذا انتفى الملك
عنهما ولم يثبت للموصى له لزم المحذور وهو بقاء الملك بغير مالك ووجه الثاني ان القبول معتبر
في حصول الملك فهو اما جزء السبب او شرط كقبول البيع فيمتنع تقدم الملك عليه ولان الموصى له لو رد
الوصية بطلت ولو كان قد ملك لم يزل الملك بالرد ولان الملك الثابت في الحال لا يجوز تعليقه
بشرط مستقبل لامتناع تقدم المشروط على شرطه واعترض على الاول بمنع انتفاء الملك عن الميت
فجاز ان يبقى على ملكه كما جاز ان يتجدد له الملك لو مات قتلا ووجبت الدية فانها تدخل في ملكه
وتؤدى منها ديونه ووصاياه وكما لو نصب شبكة حيا فوقع فيها صيد بعد موته X وكما
لو كان على الميت دين فان ما يخرجه في الدين عن التركة باق على ملكه وكذا ما يحتاج اليه من
مؤنة تجهيزه ودفنه ولا دلالة في الاية على انتفاء الملك عن الوارث في الوصية لان المراد
من بعد وصية مقبولة بدليل انه مع عدم القبول يكون الملك للوارث لا محالة اولان المراد من قوله
تع ولكم نصف ما ترك ازواجكم الاية اي لكم ذلك مستقرا بدليل ان الدين لا يمنع ثبوت الملك للوارث
مع انه اقوى من الوصية ومن ثم يملك الوارث النماء وجوابه انا قد بينا ان الموت سبب في انتفاء
الملك عن الميت وخروجه عن الاهلية وتعلق الدين والوصايا بذمته المقبول لا يستلزم كونها

مملوكة له اذ يكفي في ذلك ستبيتها عنه فيثبت التعليق وان كانت مملوكة للوارث وليس في النصوص
ما يدل على ثبوت الملك له وليس باعجب من تعلق الدين بها الا العين اذا رهنت وتعلق الدين بالتركة
لا يقتضي كونها مملوكة للميت لعدم المنافاة بين ملك الوارث اياها وتعلقه بها وكذا مؤنة التجهيز
والدفن ولهذا لو فقد الميت او بذل ذلك باذل كان الجميع ملكا للوارث ولو خرج عنه لم يعد اليه
الا بسبب والصيد انما يملكه الوارث دون الميت لقيامه مقامه فكان كما لو نصب الشبكة هو نفسه
وعدم دلالة الآية على انتفاء الملك في الوصية عن الوارث لا يقدح لثبوت انتفائه بدليل آخر
وهو انه لو ملك لكان يتلقى الموصى له الملك عنه لا عن الموصي وهو يقتضي خروج الملك عن المالك
لا بسبب من قبله بل على وجه القهر حتى لو اراد خلافه لم يؤثر ارادته شيئا مع ذلك على خلاف
الاصل فعلى هذا القول بان القبول كاشف قريب ويتعين ان مدخلية القبول في حصول الملك
منفية بالاصل واعتباره فيه يكفي فيه كونه كاشفا للوصية حكم مشترك بين البيع وساير العقود فلا
يبعد مخالفتها في حكم القبول وبطلان الوصية بالرد لا يستلزم كون القبول سببا او شرطا لجواز
كونه كاشفا عن الملك والرد كاشفا عن عدمه ومعنى تقدير كونه كاشفا فليس الملك الثابت في الحال
معلقا بشرط مستقبل بل انكشاف الحال عندنا بعد الشروط ولا يخفى ان المص رحمه الله حكى دليل
الجانبين واورد المنع على كل منهما ولم يبين صحة واحد منهما اذا علم فعلى الاول النماء المتجدد
بين الموت والقبول للموصى له وللورثة على الثاني لما منع المص من دليل القولين شرع في المسائل
المتفرعة عليهما من ذلك حكم النماء المتجدد بين الموت والقبول فعلى الاول وهو القول بان القبول
كاشف يكون النماء للموصى له لان القبول كشف عن ان الموصى له ملك بموت الموصي وعلى الثاني وهو
القول بانه سبب او شرط يكون للورثة فان الموصى به اما مملوك لهم او للميت وكيف كان فالنماء لهم
او للميت وكيف كان فالنماء لهم ولو اوصى له بزوجته فاولدها بعد الموت وقبل القبول فالولد
حر وامه ام ولد على الاول وعلى الثاني الولد رق للورثة هذا من المسائل المتفرعة ايضا وتحقيقه
انه اذا اوصى مالك لامة المزوجة بها لزوجها فاولدها الزوج بعد الموت وقبل القبول وكان
الولد مشروطا رقيته لمولى الامة فعلى القول بان القبول كاشف وهو الاول تبين بالقبول انه ملك
بالموت وان علوقها بالولد ثبت في ملكه فيكون الولد حرا وتكون الامة ام ولد وعلى الثاني يملكها
من حين القبول فيكون الولد رقا للورثة ولا استيلاد ولو مات الموصى له قبل القبول قام وارثه
فان قبل وارثه ملك الجارية والولد ويعتق عليه ان كان ممن ينعتق عليه على الثاني على قول الشيخ

التجهيز

ذكرم

ويكون الجارية ام ولد ويرث الولد اباه ويحجب القابل ان كان اخا على الاول المراد انه في المسئلة السابقة
وهي ما اذا اوصى له بزوجته فاولدها حيث يكون الولد حرا لو مات الموصى له قبل القبول والرد
فان قبل الوارث ملك الجارية والولد وعتق عليه ان كان ممن يعتق عليه كما لو كان ابنا او الوارث
ابن او اخ ويستقر ملكه على الجارية ولا تكون ام ولد على القول الثاني وهو ان القبول سبب ولو
كان الوارث ابنا عتقت عليه امه ايضا وعبارة المتن خالية من ذلك ولا يخفى ان هذا الحكم انما
يستقيم على قول الشيخ من ان كل جزء من الام يدخل في ملكه سهما والوصية بها اما على القول الآخر وهو الحكم
الاصح فانه يكون مملوكا للوارث بناء على القول بان القبول سبب وعلى القول بانه كاشف وهو
القول الاول فالولد حر والجارية ام ولد ويرث الولد اباه لانه قد تبين علوقها به في الملك ويحجب
القابل ان كان اخا ونحوه فان قيل يلزم من ارث الولد اباه الدور المتعارف عند الفقهاء وهو
استلزام ثبوت الشيء نفيه وذلك لانه يلزم من توريثه كون القابل غير وارث فيبطل قبوله فلا
يكون الولد حرا فلا يرث وكل ما ادى ثبوته الى نفيه وجب الحكم بنفيه قلنا لا دور لانا نعتبر
قبول من هو وارث حال القبول ولا وارث سواه لولا القبول ولا عبرة بما يتجدد بعد ذلك
كما انا نعتبر في الاقرار بالنسب صدوره ممن هو وارث حين الاقرار ونحكم بتوريثه ويحجب المقر له
كان اولى ما يدل على ذلك اشار المص بقوله ولا دور باعتبار ان توريثه يمنع كون القابل وارثا فيبطل قبوله
فيؤدي توريثه الى عدمه لانا نعتبر من هو وارث حال القبول لولاه كما لا ترد ولا يخفى ان الجار
في قوله باعتبار متعلق بمحذوف وهو مقدر بقولنا كاينا او ثابتا ونحوهما وفي قوله لانا نعتبر يدل
عليه قوله ولا دور وهو نفي لزومه وقوله فلا يرث على الثاني ولا تصير امه ام ولد كان حقه
ان يكون بعد قوله على قول الشيخ وقبل قوله وتكون الجارية ام ولد لانه من فروع ذلك القول في هذه
المسئلة فكان حقه ان يكون مذكورا في جملتها ولو اوصى له بابيه فمات قبل القبول فقبل ابنه فعلى الاول
تثبت حريته من حين الموت فيرث السدس ولا دور من حيث انه لو ورث لاعتبر قبوله ولا يجوز
اعتبار قبوله قبل الحكم بحريته واذا لم يعتبر لم يعتق فيؤدي توريثه الى ابطال توريثه لانا قد
جميع الورثة وهم ابن الابن فيشارك فيثبت نسبه ويرث وعلى الثاني يعتق الجد على ابن الابن ولا
يرث هذا ايضا من المسائل المتفرعة على القولين وتحقيق القول فيها انه اذا اوصى لشخص بابيه
المملوك للموصي فمات الموصى له بعد الموصي وكان له ابن فقبل الوصية فعلى الاول وهو ان القبول
كاشف فتثبت حرية الاب من حين الموت اي موت الموصي فيرث السدس لتحقق موت الموصى له عن اب

وابن ولا يبعد لزوم الدور من حيث لو ورث لاعتبر قبوله في الوصية لان المعتبر قبول جميع الورثة
واعتبار قبوله حينئذ ممتنع لانه اذ ذاك رقيق فلا يحكم بعتقه لتوقفه على قبول جميع الورثة وهو
ممتنع بالنسبة اليه فيلزم عدم توريثه فيكون توريثه مؤديا الى ابطال توريثه وما هذا شانه فيجب
ان يكون باطلا فيحكم ببطلان توريثه ووجه عدم لزوم الدور ان المعتبر قبول جميع الورثة حين القبول
سبب يعتق الجد على ابن الابن لدخوله في ملكه بالقبول ولا يرث لسبق استحقاق الابن تركة ابيه
على عتق الاب واعلم ان عبارة المص لا يخلو من مناقشة فان ذكر الاقرار في قوله لانه اقر جميع
الورثة لا موضع له لان المسئلة مفروضة في قبول الوصية لا في الاقرار الا ان يريد محاذاتها
بمسئلة الاقرار وفيه تكلف لا يخفى وكذا قوله فيثبت نسبه فان نسبه لا يثبت بمجرد اقرار الابن
يحمل على ان المراد بثبوته في نفسه ولو كان على الموصى له دين وقبل وارثه قضي منه الدين او الوصايا
ويعتق من يعتق عليه على الاول دون الثاني هذا ايضا من المسائل المتفرعة على القولين في تحقيقه
انه لو كان على الموصى له دين او كان له وصايا ومات بعد موت الموصي وقبل القبول فقبل وارثه
فعلى القول بان القبول كاشف يقضى من الموصى به دين الموصى له وتنفذ وصاياه ولو كان في الموصى
به من ينعتق على الموصى له انعتق كالابن والوارث ابن آخر عتق وعلى القول بان القبول جزء السبب
يستقر ملك الوارث على الموصى به ولا يقضى الدين منه ولا تنفذ منه الوصايا ولا يحكم بالعتق
لعدم دخوله في ملك الموصى له ولو وطئ الوارث قبل القبول فعليه المهر ولا تصير ام ولد له
احملها على الاول دون الثاني هذا ايضا من الفروع وبيانه انه لو وطئ وارث الموصى له الجارية
الموصى بها بعد موت الموصي وقبل قبول الموصى له ثم قبل الموصى له فعلى القول بان القبول كاشف
يجب عليه المهر لانه وطئ شبهة ولا تصير ام ولد لانه قد تبين دخولها في ملك الموصى له من حين الموت
وعلى القول الآخر تصير ام ولد لعلوقها منه في ملكه ولا مهر عليه لكن تقوم عليه عند القبول وقد
اطلق المص هنا وفي التذكرة صيرورتها ام ولد على القول الثاني وهو انما يتم اذا قلنا ان الموصى
به ينتقل بالموت الى الوارث وبالقبول الى الموصى له اما اذا قلنا بان الموصى به قبل القبول باق على
ملك الميت فيشكل الحكم بذلك وزكاة الفطرة على الموصى له لو تخلل الهلال الموت والقبول على الاول
دون الثاني هذا ايضا من الفروع وبيانه انه لو كان الموصى به عبدا ومات الموصي قبل هلال شوال
وقبل الموصى له بعده فعلى القول بان القبول كاشف تجب الفطرة على الموصى له لانه قد تبين كونه
مملوكا له عند الهلال لانه قد دخل في ملكه بالموت وعلى القول الآخر لا تجب عليه لانه لم يكن مالكا

وقد تحقق الانحصار في ابن الابن فكان
كما لو اقر ابن الابن باب فان الوارث
في الاقرار منحصر فيه فيثبت الارث
باقراره وعلى الكل وهو القول ان
القبول م

الوارث

عند الهلال لنفي هذا هل يجب على الثالث ام يسقط فيه وجهان مبنيان على ان الموصى به قبل القبول
بناء على ان القبول سبب هل هو ملك للميت ام للوارث فعلى الثاني يتفرع الوجوب وعلى الاول
السقوط ويحتمل على القول بان القبول كاشف السقوط ايضا لامتناع تكليف الغافل لعدم تعين
المالك وقت الوجوب لاحتمال حصول القبول فيكون هو الموصى له والرد فيكون هو الوارث فخص منا
اذا لم يتبين الحال الا بعد مضي وقت الاداء ولقائل ان يقول ان عدم العلم بالمالك وقت الوجوب
لا يقتضي السقوط اصلا ولا يستلزم تكليف الغافل انما الكلام في الوجوب انما هو بعد وضوح
الامر وتبين المالك بعينه بالقبول والرد كما لو ولد له قبل الهلال ولم يعلم الا بعده او مات
مورثه كذلك فملك عبدا او ملكه كذلك بشراء وكيله ونحوه ولم يعلم بالحال الا بعد وقت الوجوب
فان القول بعدم الوجوب في هذه المواضع بعيد فحينئذ الجهة الوجوب على الموصى له على الاول
وعلى الوارث على الثاني لان الميت ليس مالكا وهذا كله اذا لم يعلم احدهما بانه كان بكمال كسبه
امام العبلوة فان الظاهر على السابق واعلم ان القول في نفقة العبد الموصى به ومؤنته
بعد الموت كالقول في فطرته على ما ذكره الماتن في النكت قال واذا اتفق الموصى له في القبول
والرد الزم النفقة فان اراد الخلاص مره قال ويحتمل الزام الوارث ان قلنا انه يملك بالقبول لعدم
بعد الموت فلا ينفذ وصية الصبي وان كان مميزا في المعروف وعن علي ابي قال الشيخ
تصح وصية من بلغ عشرا في المعروف وصدقته وعتقه بشرط وضعه الاشياء في مواضعها وتبعه
ابن البراج وجوز المفيد الوصية والعتق ووضع الهبة ولم يصرح باشتراط وضع الاشياء في
مواضعها وتبعه سلار والحاصل ان المشهور بين الاصحاب تجويز تصرف الصبي في المعروف
وان اختلفوا في تعيين ذلك وشروطه ومنعه ابن ادريس مطلقا والماتن منعه تارة وجوزه
اخرى والروايات الدالة على الجواز كثيرة منها رواية زرارة عن الصادق عم قال اذا اتى
على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما اعتق او تصدق او اوصى على حد معروف وحق
فهو جائز وغير ذلك من الاخبار الصحيحة فالمناسب لاصول المذهب وطريقة الاحتياط
القول بعدم الجواز ولا وصية المجنون مطلقا اي في المعروف وغيره لرفع القلم عنه
ومثله المغمى عليه والسكران ولو جرح الموصى نفسه بما فيه هلاكها ثم اوصى لم يقبل ولو
فعل بالعكس مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجها وتحمل الرواية على عدم استقرار الحياة
على اشكال المشهور بين الاصحاب ان من جرح نفسه بما فيه هلاكها ثم اوصى لا تقبل وصيته وجوز

المطلب الثاني في الموصي ويشترط فيه البلوغ والعقل والحرية فلا ينفذ الخ

الباقر عم

ابن ادريس

فالاول اما انه سفيه فلان آلة الاول فالمال
ما افساده تقتضي السفه فانه لان
البتة اولى فلما ان السفيه لا ينفذ
تصرفه م

ابن ادريس وصيته اذ كان عقله ثابتاً وجه الاول انه سفيه فلا ينفذ تصرفه شيئاً وفي تحقيقه ان شاء
الله تع ولقول الصادق ع في رواية ابي ولاد فان كان اوصى بوصية بعدما احدث في نفسه من جراحة
او قتل لعله يموت لم تجز وصيته وقد يكون ابو ولاد سمعه عم انه ان كان اوصى قبل ان يحدث حدثاً في نفسه
من جراحة او قتل اجيزت وصيته في ثلثه احتج ابن ادريس بانه عاقل رشيد فتنفذ وصيته
كغيره ولعموم النهي عن تبديل الوصية والعلامة رحمه الله في المختلف نفى الباس عن قول ابن ادريس
ويظهر من كلامه هنا الميل اليه حيث قال ولو قيل بالقبول مع تيقن رشده كان وجهاً واجاب عن
الاحتجاج بالرواية بحملها على استقرار الحيوة ومقتضاه ان المريض اذا صار غير مستقر الحيوة
لا تنفذ وصيته على شكاله الحمل المذكور ينشأ من انه مع كونه خلاف الظاهر فقد يقال انه غير
صحيح في نفسه لانه حي بالغ رشيد فيتناوله وصية الادلة الدالة على وجوب تنفيذ الوصية من غير
فرق بين وصيته مستقر الحيوة وغيره والتخصيص يحتاج الى دليل ومن ان من بلغ هذه الحالة
صار في حكم الميت فلا يجري عليه الاحكام الجارية على مستقر الحيوة ومن ثم لم يحتج الى تذكية الصيد
اذا ازال الجرح استقرار حيوته ويضعف ذلك بعدم كونه في حكم الميت مطلقاً ومن ثم وجب الدية على قاتله
والقصاص به هو المشهور . اما لو اوصى ثم قتل نفسه فانها تمضي x يدل عليه ما سبق من رواية
ابي ولاد ولو اوصى ثم جن او صار سفيهاً على القول بعدم صحة وصية السفيه هل يقدح ذلك
في صحة وصيته في الرواية ايماء الى ان ذلك لا يقدح وهو المناسب للحال فان حال المريض يؤل الى
ذلك آخر الامر ونصح وصية المبذر والمفلس المشهور بين الاصحاب جواز وصية السفيه
في البر والمعروف لصحة عبارته ومنع من ذلك بعض الاصحاب وحكاه في الدروس عن ظاهر ابن
حمزة واختاره المص في التحرير ويفهم من قول المص في المسئلة السابقة ولو قيل بالقبول مع تيقن
رشده الخ ان عدم الرشد مانع من صحة الوصية والا لكان ذكره مستدركاً وعدم صحة وصيته
قوي واما المفلس فان وصيته نافذة لكماله الا ان تنفيذ وصية المفلس في شيء من امواله التي
تعلقت بها حقوق الغرماء فانما تعتبر نافذة ولو وصف بالتنفيذ لم يجوز الاشكال ينشأ من تجويز
ظهور غريم آخر ولو اوصى العبد لم يصح فان عتق وملك ففي النفوذ اشكال لا ريب ان
وصية العبد اذا مات على العبودية لا تصح لانه لا يقدر على شيء ولا مال له ينفذ فيه وصيته اما
لو اوصى ثم عتق وملك ومات ففي نفوذ وصيته اشكال ينشأ من ان العبد مسلوب الاهلية لانها
تصرف في مال فلابد من الملك او اهليته ولان من شرط صحة الوصية كونه بحيث متى مات لم يكن ثم مانع

فيمنع وصيته لا غير م

من نفوذها والشرط منتف هنا لانه لو مات قبل العتق لم ينفذ قطعاً ولان وصيته في حكم المعلقة
على شرط لان الحكم بالصحة انما هو على تقدير العتق والتعليق مناف للصحة وقت ما الوصية تعرف
بعد الموت والواقع الآن انما هو العبارة الدالة على ذلك والعبد صحيح العبارة لان الفرض بلوغه
وعقله ورشده وقد يخدش شرط صحة التصرف قبل الموت يوجب القول بالصحة لقول الباقر ع قضى امير
المؤمنين ع في مكاتب قضى نصف ما عليه فاوصى بوصية فاجاز نصف الوصية وقضى في مكاتب
قضى ثلث ما عليه واوصى بوصية فاجاز ثلث الوصية ولم يستفصل عن موته قبل العتق وبعده
وترك الاستفصال دليل العموم ولقائل ان يقول ان ترك الاستفصال انما يكون مع حكاية الحال
وهنا لا حكاية وانما المروي قضاؤه ع ولا عموم له وسلب اهلية العبد ان اريد به بالنسبة الى العبارة
فمم وان اريد به بالنسبة الى التصرف لم يضر لانا نقول بصحة الوصية بنفوذها بعد الموت على تقدير العتق
ويمنع اشتراط صحة العبارة ولكنه متى مات يحل النفوذ والتعليق الذي يدفعه عنه قادح
كما لو قال ان مت في سفري هذا وهذا الشرط غير معتبر بحسب الواقع فلا يقتضي اعتباره تعليقاً
في النفوذ لا باس وتنفذ وصية الكافر الا بمثل خمر وخنزير لمسلم وفي الذمي اشكال انما تنفذ
وصية الكافر لاستجماعه شروط الوصية من البلوغ والعقل والحرية ونفوذ التصرفات وعدم صحة
وصيته بالخمر والخنزير للمسلم ظاهر لانه لا يملك ذلك واما الذمي فنشأ الاشكال فيه من ان شرط
صحة الوصية كون الموصى به مالاً في نظر الشارع وليس الخمر والخنزير كذلك ومن ان ذلك يملكه
الذمي ويصح بيعه وساير العقود الدينية عليه ويجوز للمسلم قبض ثمنه من بعاوضه ونحوها
والاصح الصحة والعجب ان المص جوز وقف الذمي على مثله الخنزير وتوقف هنا مع ان الوقف
اكمل من الوصية لانه يشترط فيه كونه قربة والعجب منه ان الشارح الفاضل ولد المص بنى هذه المسئلة
على ان الكافر مخاطب بفروع العبادات فان الحكم بكونه مخاطباً بها ومضى تصرفاته الجارية على
الخمر والخنزير ويمنع من غصبها واتلافها ونحوه على المسلم ردها وضمان القيمة عندهم او عمارة
كنيسة هذا من جملة المستثنى اي تنفذ وصية الكافر الا في عمارة الكنيسة لان ذلك ممنوع منه
شرعاً نعم لو اوصى بذلك في موضع لا يمنع منه شرعاً جاز وبه صرح في الدروس ويشكل ذلك
لان ذلك معصية في نفسه اذ هي بيت عبادتهم الناسخة وموضع شتم الرسول ص والغرض من
صحتها تنفيذنا لها ولو اريد بصحتها عدم تعرضنا اليهم اذا ارادوا تنفيذها ولم يتحاكموا الينا
كان ما ذكره الشهيد صحيحاً ولو اوصى بعمارة قبور انبياء ع جاز لان ذلك جائز من المسلم

نعظمه

نه من شعائر الله واحياء الزيارة لها والتبرك بها فلا مانع من الجواز في حق الكافر وتنفذ وصية
الاخرس بالاشارة المعقولة وكذا معتقل اللسان الناطق لو عرضت عليه وصيته فاشار بها وفهمت
اشارته صحت وصيته فقد فعل الحسن والحسين عليهما السلام مع امامة ما يصلح دليلاً لذلك
ولو اوصى العبد ثم اعتق صحت وصيته لان له اهلية التملك وهي تابعة لتمام الملك في
صحة الوصية ولو قال العبد متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان فالاقرب الجواز ووجه القرب انه
تبرع وارتفع حال الحرية فيصح لعموم وجوب العمل بالوصية السالم عن معارضة كونه عبداً ويشكل
بان المانع عدم الاهلية حين الوصية فتقع لاغية كما لو اوصى الصبي معلقاً على تقدير وقوعه بلوغه ثم
موته لما فيه من تعليق الوصية وهو مانع وللرواية السالفة لما تقدم ان ثبت الحكم الذي بينا
لكن ضعف الاشكال معلوم مما سبق فالجواز قريب ولكل من عليه حق من مال او غيره وجب عليه
ان يوصي اذا ظن الموت لاخلاف في الوجوب هنا ولو كان له حق يخاف ضياعه فليس ببعيد القول
بالوجوب لان ذلك تضييع للمال على الوارث ولم اجد التصريح به لكن اطلاق الاخبار مثل قوله عليه السلام
من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية يتناوله ولو اوصى لمعدوم لم يصح وكذا للميت سواء علم
بموته او ظن حيوته فبان ميتاً او لما تحمله المرأة او لمن يوجد من اولاد فلان لما كان شرط صحة
الوصية لمعين ان تكون له اهلية التملك لامتناع تحقق الملك المقصود بالوصية من دونها لم تصح
الوصية للمعدوم ولا للميت على حال وان علم بموته خلافاً لمالك مع العلم بموته فانه حكم بصحة الوصية له
يكون الموصى به تركته وكذا لما تحمله المرأة ومن يتجدد من اولاد فلان وقد علم انه قد سبق في الوقف جوازه
على المعدوم اذا كان تابعاً كما لو وقف على اولاد فلان ومن سيولد له فانه يمنع من صحة الوصية
كذلك فاذا اوصى بثمرة بستانه مثلاً خمسين سنة لاولاد فلان ومن سيولد له فلا مانع من الصحة
بل تجويز ذلك في الوقف يقتضي التجويز هنا بطريق اولى لانه اضيق مجالاً من الوصية وتصح
للحمل الموجود بان ياتي به لاقل من ستة اشهر او اكثر مدة الحمل مع خلوها من زوج ومولى X يشترط
لصحة الوصية للحمل امران احدهما ان يكون موجوداً حال الوصية لان الوصية للمعدوم لا تصح اجماعاً
الثاني انفصاله حياً فتبطل بدون ذلك ومع الشرطين فتصح الوصية له اجماعاً كما تثبت ارثه ويتحقق
وجوده بان تاتي به امه لاقل من ستة اشهر من حين الوصية للقطع بوجوده حينئذ فلو كان لستة
فصاعداً ولها زوج او مولى فليس وجوده حين الوصية بمعلوم لامكان تجدده والاصل
عدمه نعم لو خلت من زوج ومولى واتت به لما دون اكثر مدة الحمل من حين الوصية فان الوصية تصح

تقدم في الخبر م

المطلب الثالث في الموصى له ... ازال الجور وهو الملك ... فلو اوصى ...

ايضا الحكم بوجوده شرعاً حين الوصيه لوجوب لحاقه بصاحب الفراش ولا يخفى ان الاولى ان يقول الحمل

بينهما وهي ذات زوج او مولى لم يصح لعدم العلم بوجوده حين الوصيه اي لو كان الاتيان به بين اقل

مدة الحمل من حين الوصيه واكثرها وهي ذات زوج او مولى بانيا لم يصح الوصيه للحكم بكونه معدوماً

استنادا الى اصالة عدمه ويشترط انفصاله حياً ولو وضعته ميتا بطلت بلا خلاف من هذه العبارة

صحة الوصيه للحمل قبل الانفصال غير مستقر وبانفصاله حياً يتحقق الاستقرار كما انه لو وضعته

ميتا بطلت وعلى هذا فلو وضعته حيا وتحقق القبول ثبت الملك من حين موت الموصي فيتبعه النماء

وهو صحيح في موضعه ولا فرق في ذلك كله بين ان يكون قد حلت الحيوة في بطن امه او لا ثم لان الحياة

المعتبرة هو ما بعد الانفصال اتفاقا ولا فرق بين ان يسقط بجناية جان اولا فسرع لو وضعت

احدى التوأمين لاقل من ستة اشهر ثم ولدت الثاني لاقل من ستة اشهر من الولادة الاولى صحت

الوصية لهما وان زاد ما بين الثاني والوصية على ستة اشهر وكانت المرأة فراشا لانهما حمل واحد كذا قال

في التذكرة وادعى فيه الاجماع والحكم واضح ولو مات بعد انفصاله حيا صحت وكانت لورثته و

يسقط اعتبار القبول هنا على اشكال ينشأ من اطلاق الاصحاب كون الوصيه للحمل اذا مات بعد

الانفصال يكون لوارثه ومن تعذر القبول هنا فجرى مجرى الوصيه للجهات العامه في عدم اشتراط القبول

ومن ظاهر علمائنا على اعتبار قبول الوارث لو مات الموصى له قبل القبول وهو متناول لمحل النزاع وليست

اعتبار القبول فيما عدا الوصيه للجهات العامه ✗ ولم يدل دليل على السقوط هنا فيبقيه اطلاق نقيم

في محل النزاع والاصح انه لا بد منه ايضا هنا ولو رد الولي للمصلحة فالاقرب بطلان الوصية ان رد

بعد الموت اي لو رد ولي غير الكاملة في موضع يكون الرد اغبط فالاقرب بطلان الوصيه

ان وقع الرد في موضع يعتبر تأثيره وهو بعد الموت ووجه القرب ان الولي قائم مقام المولى عليه

في جميع التصرفات فيحكم بنفوذ ما وقع على وفق الغبطة منها فيجب الحكم بالنفوذ في محل النزاع ويحتمل

ضعيفا العدم لان ذلك ازالة ملك بغير عوض فكان بمنزلة الاتلاف وليس بشيء لان الولي قائم

مقامه فيفعله مع المصلحة بمنزلة فعله ولو رد قبل الموت فلا اعتبار به كما لا اعتبار برد الموصى له

حينئذ وكذا لو رد بعد بلوغه اي وكذا تبطل الوصيه لو رد المولى عليه بعد بلوغه قطعا لان

قبوله حينئذ يقع معتبراً وهذا اذا لم يسبق قبول الولي عنه للمصلحه وهل النماء المتجدد

بين الوفاة والرد تابع او للموصى له اشكال اي هل النماء الحاصل من الموصى به المتجدد بين الوفاة و

الرد تابع لحال الموصى به فان قلنا ان القبول كاشف كان النماء للوارث مع الرد وان قلنا انه

سبب

سبب في النماء للوارث سواء قلنا ان الموصى به في تلك الحال للوارث ام على حكم مال الميت ام هذا
النماء للموصى له بناء على انه يملك بموت الموصي ويستقر بالقبول وينفسخ بالرد ففيه اشكال ينشأ من
تقابل دلايل هذه الاقوال ولا يخفى ما في هذه العبارة وهذا الاشكال من الخلل اما العبارة فلان
مقتضى قوله وهل النماء تابع او للموصى له بينا في الاعيان وليس كذلك لانا اذا حكمنا بانه للموصى له فانما لانام
هو باعتبار تبعيته للعين ودخولها في ملك الموصى له بالموت من دون اعتبار القبول واما خلل
الاشكال فلانه قد سبق في كلامه اختيار كون القبول كاشفا فلا وجه للاشكال في حال النماء بعد
ذلك لوجوب كونه مع الرد للوارث فيكون رجوعا عن الجزم الى التردد ولا يصح للمملوك الاجنبي
ولا لمدبره ولا لام ولده ولا لمكاتبه المشروط على اشكال وغير المؤدي وان اجاز مولاه ولو
اعتق عند الاستحقاق لا تصح الوصية لمملوك الغير سواء كان قنا او مدبرا او ام ولد او مكاتبا لان
العبد لا يملك وان ملك سيده فتمليك الغير اولى فهو بمنزلة المعدوم ولما رواه عبد الرحمن
بن الحجاج عن احدهما عليهما السلام قال لا وصية لمملوك وفي الوصية لمكاتب الغير المشروط اشكال
ينشأ مما ذكر فانه مملوك وينفيه رواية محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام في مكاتب كانت تحته
امرأة حرة فاوصت له عند موتها بوصية فقال اهل الميراث لا نجيز وصيتها انه مكاتب لم يعتق
ولا يرث فقضى انه يرث بحساب ما اعتق منه ويجوز له من الوصية بحساب ما اعتق منه ومن
انقطاع سلطنة المولى عنه ولهذا لا يصح بيعه والاكتساب والهبة له فلا مانع من الوصية وانما هي
نوع اكتساب والمتبادر في الرواية الاولى من المملوك غير المكاتب والثانية وان كان بين فيه
عموم لكن مع ذلك محمد بن قيس مشترك بين الثقة وغيره فصحة الوصية لا تخلو من قوة والمكاتب
المطلق الذي لم يؤد شيئا هو المراد بقوله وغير المؤدي يطرد فيه الاشكال السابق واولى بالصحة
من المشروط لان استعداده للحرية اشد منه وقوله x وان اجاز مولاه راجع لقوله ولا
تصح للمملوك الاجنبي وسيأتي ان شاء الله تعالى حكم الوصية لمملوك نفسه وكذا قوله وان اعتق
عند الاستحقاق اي استحقاق الوصية وذلك عند الموت وقوله ولا يكون وصية للمولى x رد به على
العامة القائلين بذلك اذا استمر رقه ولو ادى المطلق البعض صحت بنسبة الحرية كما يصح
ارثه بنسبتها وفي الوصية لمجزء الحر اشكال ينشأ من ان صحة الوصية انما هي باعتبار انتفاع له
ومن ان المالك هو من تحرر بعضه لا البعض الحر وبذلك وردت الاخبار وجرى عليه كلام الفقهاء
و[illegible] الشارح الفاضل في المالكية من الاعراض النفسانية والمملوكية من الاعراض الجسمانية

وحصول الاول للنفس الانسانية كاملاً مشروط بانتفاء الثانية عن البدن فان انتفت عن بعضه
ثبت الملك بالنسبة وما ذكره صحيح ولا يرد انه لو كان المالك النفس لما زال الملك بالموت لما عرفت
من ان لاتصال النفس بالبدن دخلاً في ذلك وكيف كان فالظاهر عدم صحة الوصية ويصح
بالجزء المشاع لعبد الموصي ومدبره ومكاتبه وام ولده ثم يعتبر ما وصي به بعد خروجه من الثلث
فان كان بقدر قيمته عتق ولا شيء له وكان الموصى به للورثة وان كانت قيمته اقل اعتق واعطي
الفاضل وان كانت اكثر سعى للورثة في الباقي وان بلغت الضعف على رأي اذا اوصى لعبد نفسه
بجزء مشاع في التركة كثلثها وربعها فصحة الوصية سواء كان قناً ام لا ثم ينظر ان كان الموصى به بعد
خروجه من الثلث بقدر قيمة العبد عتق ولا شيء له ولم يكن باقي التركة للورثة وجرى ذلك مجرى ما
اذا قال اعتقوا عبدي من ثلثي وان كانت قيمته اقل اعتق واعطي الفاضل وان كانت قيمته
اكثر عتق منه بقدر الوصية ان كانت الثلث فما دون او بقدر ما يحتمله الثلث ان زادت واستسعي
للورثة في الباقي سواء كانت قيمته ضعف الوصية ام لا ذهب الى ذلك الشيخ في الخلاف وعلي بن بابويه
وابو الصلاح وابن ادريس واكثر المتأخرين وقال المفيد اذا بلغت قيمته ضعف الوصية بطلت وهو
اختيار الشيخ في النهاية وابن البراج لما رواه الحسن بن صالح بن حي عن ابي عبد الله ع في رجل اوصى لمملوك
له بثلث ماله فقال يقوم المملوك بقيمة عادلة ثم ينظر ما ثلث الميت فان كان الثلث اقل من قيمة العبد
بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة وان كان الثلث اكثر من قيمة العبد عتق العبد
ودفع اليه الفاضل ومحصل المفهوم الشرط في قوله فان كان الثلث اقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة
استسعى العبد في ربع القيمة وهو حجة عند الاكثر ويضعف ذلك بوجوه أ ضعف سند الرواية
ب ان مفهوم الرواية انه لم عدم الاستسعاء اذا كان الثلث اقل من قيمة العبد بزيادة على ربع القيمة
وهم لا يقولون به والتحديد بالضعف لا دليل عليه مع كون المفهوم ذلك بل المفهوم عدم كون
الاستسعاء في ربع القيمة ان كان الثلث اقل بزيادة عن الربع ونحن نقول بموجبه ودعواهم
عدم الاستسعاء على هذا الوجه والاصح الاول لعموم الدلائل الدالة على صحة الوصية الشاملة ح مطلق لا عدم الاستسعاء ص
لمحل النزاع بغير معارض ويدل على الاحكام الباقية السالمة مع هذه العمومات اجماع الاصحاب
الرواية المذكورة وفي المعين اشكال المراد بالمعين هنا ما ليس جزءاً مشاعاً في التركة وان كان لح
مشاعاً من معين كنصف دار ونحوه ومعناه انه لو اوصى لعبده بما ليس جزءاً مشاعاً في التركة
ففي صحة الوصية اشكال ينشأ من انه انما صح في المشاع لانه متناول من حيث الصلاحية لرقبة العبد

مقدار

نصار كما لو وصّى بعتقه وذلك منتف في محلّ النزاع ولعموم قول احدهما عليهما السلام لا وصيّة
لمملوك ولان تنفيذ الوصية بالمعيّن محال لامتناع تملك العبد وما يتخطى الى رقبة العبد يقتضي تبديل
الوصية وهو ممنوع لعموم الدلالة السالفة المقتضية للوصية لمملوك بثلث المال فانها اعمّ من المعيّن و غيره
فان ترك الاستفصال في حكاية الحال تدل على العموم ولعموم فمن بدّله بعدما سمعه وغير ذلك
من دلائل صحة الوصية ولاطلاق كلام الاصحاب المتناول لمحلّ النزاع ولأنه انما صحت الوصية
في المشاع لتناوله رقبة العبد ولم لا يجوز لكونه وصية للامر غير ذلك والتبديل غير لازم لان
ذلك تنفيذ للوصية بحسب الممكن ولو منع ذلك لمنع مع الاشاعة لان التخصيص برقبة العبد خروج
عن الاشاعة التي هي مناط الوصية والاصح الصحة في المعين ايضاً   ولو اوصى للدابة فان قصد
التملك او اطلق بطل اي بطل ما فعل من الوصية ولا بحث في البطلان مع قصد التملك واما مع الاطلاق ف
فوجه البطلان ان المتبادر من اطلاق اللفظ التمليك وذلك ممتنع في الدابة واللفظ عند الاطلاق ف
انما يحمل على المعنى المستفاد منه بالوضع   ولو قصد الصرف الى علفها فالاقرب الجواز وجه القرب
ان ذلك في الحقيقة وصية للمالك لان علفها واجب عليه ويحتمل المنع لان المتبادر من اللفظ
كون الوصية للدابة وذلك ممتنع ويضعف بان المتبادر منه المجاز اذ المراد على ما قلناه انما هو الوصية
للمالك على الوجه المخصوص والمختار الجواز   والاقرب التوقف على قبول المالك + وجه القرب انها وصية
لمعيّن فيعتبر قبوله كما في غيرها من الوصايا على حد ما لو وصى لعمارة دار ويحتمل العدم لانها
وصية في وجه قربة لتوقفه على كل كبد حرّى اجر ويضعف بانه وان كان فيه قربة الا انه وصية لمعيّن
وحدوث الملك له من غير رضاه على وجه قهري خلاف الاصل فالاقرب قريب   وحينئذ
ينبغي الدفع اليه اشكال اي وحين اذ كان الاقرب توقف هذه الوصية على قبول المالك لكونها في
الواقع وصية له ففي دفعها اليه اشكال ينشأ من ان المالك لما كونها معتبرة بقبوله ومن انها وصية
في وجه خاص فيتولاها الولي او الحاكم والاصح جواز الدفع الى المالك ليصرفها في العلف ولا يجوز
الصرف في غيره فينبغي ان يكون عدلاً لان في ذلك خيانة   فان دفع ففي جواز الصرف الى غير العلف
اشكال ينشأ من انها وصية للمالك فيصنع بها ما شاء ومن انها وصية على وجه مخصوص فلا يجوز
تبديلها وربما تعلق غرض الموصي بخصوص هذه القربة وقد بيّنا انه لا يجوز الصرف في غيره   و
الاقرب صحة الوصية للذمي وان كان اجنبياً والبطلان للحربي والمرتد   اختلف الاصحاب في جواز
الوصية للكافر على اقوال الاول المنع مطلقاً وهو مختار ابن البراج X الثاني الجواز مطلقاً وهو مختار

المنين وابن ادريس الثالث جواز الوصية للكافر القريب دون غيره وهو مختار الشيخ في المبسوط
وجماعة الرابع جواز الوصية للذمي دون الحربي وهو مختار الشيخ في الخلاف والمتن وجه الاول ان
الوصية تستلزم المودة وهي محرمة بالنسبة الى الكافر ويضعف بمعارضته بقوله تع لا ينهاكم
الله الاية وبقوله عليه السلام على كل كبد حرى اجر وبرواية محمد بن مسلم الاتية وتنتقض بجواز
هبة الذمي واطعامه ووجه الثاني عموم قوله عم على كل كبد حرى اجر وضعفه ظاهر مما سنذكره
ان شاء الله تعالى ووجه الثالث ما ورد من الحث على صلة الرحم مطلقا ووجه الرابع يستفاد مما ذكر
لان فيه جمعا بين الدلايل وهو اولى من الجمع بينهما باشتراط كونه ذا رحم لان مطابقته لقوله تع لا
ينهاكم الله الاية انما يتحقق بحيث يجري على ظاهره فان قيل ينتقض ذلك بالنساء والصبيان من
اهل الحرب فانهم لم يقاتلوا ولاهم بصدد ذلك وعلى التخصيص بالذمي لا تجوز الوصية لهم قلنا لا نم انهم
ليسوا بصدد ذلك لانهم من توابع اهل الحرب والمحدثين لهم فان قيل كيف جازت الهبة للحربي ولم تجز
الوصية له قلنا فتحقيق المقام في الخلاف ووجه الفرق بان ملك الحربي غير لازم وماله غير معصوم ولا يجب
دفع ماله اليه بخلاف الذمي فلو جازت الوصية للحربي لكان اما ان يجب الدفع اليه اذا قبل وهو باطل
او لا وهو معنى المراد من بطلان الوصية له لانا لا نريد من الباطل في العقود الا ما لا يترتب اثره عليه
واثر الوصية انتقال المال الى الموصى له ويرشد بيانا ما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام في رجل اوصى
بماله في سبيل الله قال اعط لمن اوصى له وان كان يهوديا او نصرانيا فان الله تع يقول فمن بدله بعد ما سمعه يقول ص
فانما اثمه على الذين يبدلونه ان الله سميع عليم وفيه ايماء الى عدم صحة الوصية للحربي من حيث انه
عطف بان الوصلية ما اذا كان يهوديا او نصرانيا ولو كان المعطوف عليه شاملا له لكان المناسب للحربي ص
ان يعطف الفرد الاخفى وهو الحربي الوثني دون حربي اهل الكتاب فاقتصاره على اليهودي و
النصراني اشعر بانه يريد الذمي واما المرتد فان كان عن غير فطرة او كان امرأة فلا مانع من الوصية
له وان كان عن فطرة وكان ذكرا لم يصح الا اذا قلنا بانه يملك الكسب المتجدد كما اختاره في الدروس
وتصح الوصية للاجنبي والوارث سواء اجازت بقية الورثة ام لا المعاداة لا فرق بين الوصية للوارث والاجنبي
في صحتها اذا كانت ثلثا فما دون ولا اعتبار باجازة باقي الورثة بلا خلاف في ذلك عندنا وقال العامة
لا تصح الوصية للوارث وبعضهم جعل الحكم في الوصية له كالحكم فيما اوصى بزيادة على الثلث ولو
اوصى لام ولده فالاقرب انها تعتق من الوصية لا من النصيب على راي لا خلاف في ان وصية الانسان لام
ولده صحيحة الا ان الاصحاب مع اتفاقهم على صحتها اختلفوا في عتقها هل هو من الوصية ام من نصيب

ولدها

ولدها على قول الا بعد اعتقها من الوصية فان ضاقت فالباقي من نصيب ولدها اختاره ابن
ادريس وبعض المتأخرين في الشرائع والعلامة هنا وفي الارشاد لتأخر الارث عن الوصية والدين بمقتضى قوله
تعالى من بعد وصية وقد علم ضعفه مما سبق وان الآية لا دلالة لها على ذلك وان دلت فانما تدل
على ان التأخر هو استقرار الملك لا نفسه ب انما تعتق من نصيب ولدها وتأخذ الوصية اختاره
الشيخ في النهاية وبعض المتأخرين في النكت والعلامة في المختلف وهو الاصح لان التركة تنتقل من حين الموت
الى الوارث فيستقر ملك ولدها على جزء منها فينعتق عليه ويستحق الوصية فان قيل الوصية للمملوك
لا تتوقف على القبول وحينئذ فيحكم بالعتق بحسب الوصية من حين الموت فلا يتحقق دخولها في
ملك الولد الا ان يفضل شيء منها عن الوصية قلنا ليس كذلك لان تنفيذ الوصية موقوف على معرفة
القيمة ووصول التركة الى الوارث وملك الوارث لا يتوقف على شيء وفيه نظر لامكان القول بالانكشاف
عن العتق بالتقويم وقبض الوارث التركة وقد روى ابو عبيدة في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه
السلام عن رجل كانت له ام ولد له منها غلام فلما حضرته الوفاة اوصى لها بالفي درهم او باكثر للورثة
ان يسترقوها قال فقال لا بل تعتق من ثلث الميت وتعطى ما اوصى لها به قال المص في النكت والمختلف
وغيره وفي كتاب العياشي تعتق من نصيب ابنها وتعطى من ثلثه ما اوصى لها به وهذا الموجود في كتاب
العياشي نفسه في الباب الاول وهذا هو الجاري على الاصول لان اعتاقها من ثلث الميت واعطاءها الوصية بل
لا مخرج له على انه لا اختلاف في المروي في اعطائها الوصية بعد انعتاقها من نصيب الولد ثابتا بالدلالة
القاطعة بل يكون شاهدا على ما في كتاب العياشي ج انها تعتق من ثلث الميت اختاره محمد بن بابويه
لرواية ابي عبيدة السالفة وقد اسلفنا بيان ترجيح ما في كتاب العياشي وحملت على كون نصيب ولدها
مقدار الثلث وهو بعيد د انها تعتق من الوصية او نصيب الولد وتعطى بقية الوصية وهو قول
ابن الجنيد حكاه المص عنه واطلاق الوصية يقتضي التساوي في المتعدد فلو اوصى لاولاد ٣٥٥
وهم ذكور واناث تساووا الا ان يفضل وكذا لو اوصى لاعمامه واخواله هذا هو المشهور بين متأخري
الاصحاب لاستواء نسبة الوصية اليهم وانتفاء ما يدل على التفضيل في كلام الموصي فيجب الاستواء وقال
الشيخ وابن البراج وابن الجنيد للاعمام الثلثان وللاخوال الثلث وقد روي ذلك في الصحيح وغيره
والعمل على الاول والرواية منزلة على ما اذا اوصى على كتاب الله وحكاية سهل بن زياد في الوصية للاولاد
انها تكون بينهم على كتاب الله ضعيفة بسهل بن زياد ومجهول ولو قال على كتاب الله فللذكر ضعف
الانثى لان ذلك حكم الكتاب في الارث والمتبادر من هذا اللفظ في الاستعمال هو هذا المعنى وكذا

لو وقف الخ المراد به التساوي في المتعدد مع الاطلاق واتباع التقييد بالتفضيل ولو بقوله على كتاب الله
فإن للذكر ضعف الانثى   ولو اوصى لقرابته فهو للمعروف بنسبه ذكراً كان او انثى صغيراً او كبيراً غنياً او
فقيراً من قبل اب انتسب اليه او من قبل ام بعيداً كان او قريباً بالسوية وقيل لمن يتقرب اليه الى آخر اب
وام له في الاسلام ومعناه الارتقاء الى ابعد جد في الاسلام والى فروعه فلا يرتقى الى آباء الشرك وان
لم يحكم لهم بالكفر وكذا لو قال لقرابة فلان لا خلاف بين العلماء في صحة الوصية للقرابة انما الخلاف في
القرابة من هم فقال الشيخ في المبسوط والخلاف هم كل من يعرف في العادة بانه من قرابته سواء كان وارثاً
او غيره واختاره ابن البراج وابن ادريس واكثر المتأخرين وهو الاقوى اذ لا نص في ذلك فيجب ان
يحكم فيه العرف وقال الشيخ في النهاية هم جميع نسبه الراجعين الى آخر اب وام له في الاسلام ونقحه
المص بان المراد به من يتقرب اليه ولو بابعد جد وجدة بشرط كونهما مسلمين فالجد البعيد ومن كان
من فروعه وان بعدت مرتبته بالنسبة اليه معدود قرابة اذا كان الجد مسلماً ووجهه صدق اسم
القرابة عليه لغة من حيث المشاركة في النسب وانما اعتبر الاسلام لقوله ع قطع الاسلام ارحام الجاهلية
ويؤيده قوله تعالى لنوح انه ليس من اهلك انه عمل غير صالح فعلى هذا لا يرتقى الى آباء الشرك ولا يعتبر
القرابة بسببهم وان لم يحكم بالكفر وقال ابن الجنيد هم من تقرب من جهة الولد والوالدين قال ولا اختار
ان يتجاوز بالتفرقة ولد الاب الرابع لان النبي لم يتجاوز ذلك في تفرقة سهم ذوي القربى من
الخمس ولا دلالة في ذلك على ان ذوي القربى حقيقة في مستحق الخمس وانما ذلك امر اراده الله تعالى
وفسره النبي ببيان ما يريد منه اذ نزلت قوله تعالى قل لا اسئلكم عليه اجراً الا المودة في القربى فقيل
يا رسول الله من قرابتك هؤلاء الذين وجبت علينا مودتهم قال علي وفاطمة وابناهما ذكره صاحب
الكشاف وغيره وهذا معنى آخر للقرابة بالنسبة اليه عم سوى الاول وهو قاض بان للنبي في
القرابة معنى خاصاً به للقطع بان القرابة في حق غيره لا يقتصر فيها على احدى بناته واولادها
وبعلها الذي من شجرته فالمرجع حينئذ الى العرف ومثل ما قلناه فيما لو اوصى لقرابته يجيء فيما لو
اوصى لقرابة غيره بغير تفاوت   ولو قال لقرابة النبي ص دخل اولاد عبد المطلب واولاد
هاشم في قرابة النبي فاذا اوصى لقرابته دفع اليهم دون بني عبد شمس وبني نوفل والاقرب
عنده دخول بني المطلب في ذلك لقوله ع نحن وبنو المطلب لم نفترق في جاهلية ولا اسلام
بني المطلب وبني هاشم كالجماعة الواحدة والقبيلة المنفردة بقوله لم نفترق اذ ليس المراد الافتراق
المكاني فكان لهم حكم بني هاشم في تناول لفظ القرابة لهم فهكذا اجرى على هذا اللفظ من الاحكام

دون بني عبد الشمس وبني نوفل
والاقرب دخول بني عبد المطلب
بهما الترتيب في دخول اولاد
عبد المطلب واولاد هاشم
ص

النبي

الشرعية جرى عليهم فان قيل فعلى هذا يلزم استحقاقهم الخمس ولا يقولون به وقد صرّح العلامة بقوله
هنا قلنا استحقاق الخمس لم يستفد من لفظ القرابة وانما هو معلوم من قول الشارع وفعله بخلاف
الوصية الجارية على لفظ القرابة ولقائل ان يقول ان الله تع جعل الخمس لذوي القربى والاصل
في الاستعمال الحقيقة فاللازم احد الامرين اما دخول بني المطلب في مستحق الخمس او خروجهم
من ذوي القربى ولما انتفى الاول تعين الثاني اذ ليس في الشرع ما ينافيه والمتبادر من
قوله عليه السلام نحن وبنو المطلب لم نفترق في جاهلية ولا اسلام عدم الافتراق في المناكح
والمعاشرة بقرينة ذكر الجاهلية فانه لم يكن هناك اجراء الاحكام عليهم وايضا فانه لم ينف
للماضي وهو غير دال على عدم الافتراق في المستقبل ليدل على محل النزاع والذي اورده المحقق
في التذكرة ان النبي ص اعطى بني المطلب مع بني هاشم وعلل اعطائهم بانهم لم يفارقوا بني هاشم
في جاهلية ولا اسلام وهو ظاهر فيما قلناه فعلى هذا دخول بني المطلب في محل النزاع ذلك
محل تامل   ولو اوصى لاقرب الناس اليه او لاقرب اقاربه نزله على مراتب الارث لكن يستوي ويكم
المستحق فالذكر مثل الانثى والمتقرب بالاب مثل المتقرب بالام اما التنزيل على مراتب الارث
فظاهر لان اهل المرتبة الاولى اقرب من اهل المرتبة الثانية قطعا واما ان المستحقين يستوون
فلا يفرق بين الذكر والانثى ولا بين المتقرب بالاب والمتقرب بالام فلاستواء نسبتهم
الى سبب الاستحقاق وهو الوصية والاصل عدم التفاضل والتفاضل في الارث جاء من قبل النص
لا من قبل الاقربية للاجماع على ان الاقرب يحجب الابعد فلو كان ذو السهم الاكثر اقرب لحجب الاخر
وفي تقديم ابن العم من الابوين على العم من الاب هنا نظر ينشأ من تقدمه عليه في الميراث
عند جميع علمائنا وما ذاك الا لانه اقرب فيقدم هنا وفيه نظر لتصريحهم باستثناء هذه المسئلة
من عموم قولهم كل اقرب يحجب الابعد ومن ان العم اقرب في الدرجة والاصح انه لا يقدم هنا لان الارث
خرج بالنص   وفي التسوية بين الاخ من الام والاخ من الابوين في العطاء نظر ينشأ من ان الاخ
من الابوين متقرب بسببين كل منهما لو انفرد لاقتضى الاستحقاق ولرواية زرارة عن
ابي جعفر ع في الوصية للاعمام والاخوال ان للاعمام الثلثين وللاخوال الثلث وكتب سهل
بن زياد الادمي الى ابي محمد عليه السلام عن رجل له ولد ذكور واناث فاقر بضيعة انها لولده
ولم يذكر انها بينهم على سهام الله فوقع ع اذا لم يكن ابوهم قد سمى شيئا ردوها على كتاب الله عز
وجل ومناط مورد النص ومحل النزاع واحد فاذا ثبت التفضيل في المنصوص ثبت في المتنازع

ومن سوّى بينهما فلا لدرجة والتفضيل للارث ثبت بالنص فلا يلحق به الوصية والروايتان لا ينهضان
حجة على ذلك والاصح التسوية فرع هل يتقدم الاخ من الابوين على الاخ من الاب فلا يستحق معه
شيئاً صرح بذلك في التذكرة محتجاً بحجبه اياه في الميراث وهو محتمل ولو قلنا به فانما ان الاخ من الابوين
اقرب من الاخ من الام فلا يشاركه في الوصية وان شاركه في الارث وليس بجيد ولو اوصى لجماعة
من اقرب الناس اليه ووجد ثلثة من اقرب الناس اليه فما زاد في درجة واحدة اعطوا وفي جواز
تخصيص ثلثة به دون الزايد نظر ينشأ من حصول الامتثال بذلك لانه يصدق صرف الوصية
الى جماعة من اقرب الناس اليه ولا دليل على وجوب الصرف الى ما زاد ولان الموصى له ليس هو الجميع
لعدم دلالة لفظ الوصية عليه فتعين ان يكون البعض وليس معيناً بخصوصه بل هو منتشر فيهم فيتحقق
الامتثال بالصرف الى ما يقع عليه لفظ الجماعة منهم ومن استواء نسبة اللفظ اليهم فلا يختص به بعض دون
الباقين وليس بشيء والا لزم التعميم لو صرح بالوصية لثلثة من اقرب الناس اليه ووجد في درجة
واحدة ازيد من ثلثة والاصح الاول ولو لم يوجد ثلثة في درجة واحدة اكمل من الثانية والثالثة
فلو كان له ابن واخ وعم تساووا ولو كان له ابن وثلثة اخوة دخلوا اجمع في الوصية X اذا لم يوجد
ثلثة في درجة واحدة اكمل من الدرجة الثانية ان فقدت والا فمن الثالثة لانه يصدق على من
في الدرجة الاولى ومن اكمله ممن في الدرجة الاخرى انهم جماعة من اقرب الناس اليه لانهم اقرب
بالاضافة الى من عداهم كابن واخ وعم ولو وجد ابن وثلثة اخوة مثلاً فقد حكم المص بدخول لهم
اجمع في الوصية وقد سبق من قريب تردده في جواز تخصيص ثلثة دون الزايد في وجوب الصرف الى
الجميع فيكون هذا رجوعاً عن التردد الى الجزم وعلى ما اخترناه فانما يجب الدفع الى اخوين مع
الابن والاقرب اعطاء الابن الثلث تفريع على وجوب الصرف الى الابن وجميع الاخوة
اذ لما وجبنا الدفع الى اخوين لكان للابن الثلث لا محالة ويمكن ان يقال انه هذا لا يختص
بوجوب الصرف الى الجميع لانا اذا لم نقل بالوجوب فلا ننفي الجواز فعلى هذا اما الذي يجب دفعه
الى الابن اذا اريد الدفع الى جميع الاخوة وجوباً او جوازاً الاقرب عند المص دفع الثلث ووجه
القرب انه لو كان مع الابن ابنان آخران لم يعطوا الاخوة واخذوا هو الثلث واستحقاق الاخوة
انما هو لنقصان الابنين المعدومين وبعدم وجود الاولاد لو كانوا اربعة ودفع الوصية الى
الجميع وجوباً او جوازاً لاستحق الابن الربع فيكون للاخوة على هذا الفرض نصيب المعدومين
من الاولاد هنا ثلثة ارباع دون ثلثين ولو كانوا خمسة لكان له الخمس وهكذا ولا ترجيح لواحد

منهن

من هذه الامور المفروضة على غيره ثم يتوالى التعاقب بعدد الجميع حال الدفع وربما احتج للاقرب
بانا اقمنا من وجد في الدرجة الثانية مقام من عدم من الدرجة الاولى لمعرفة الحجة ويتوجه عليه
ان المعدوم من الدرجة الاولى كما يمكن فرضه اثنين كذا يمكن فرضه ازيد على ان استحقاق
من وجد في الدرجة الثانية في هذه الصورة ليس لقيامهم مقام من فقد في الدرجة الاولى
بل ذلك ثابت لهم بالاصالة من حيث تناول لفظ الموصي لهم الآن واحتج ايضا بان المستحق للجميع
ثلثة من اقرب الناس فيستحق الثلث واحد اقرب وهو هنا ثابت في الابن وليس بواضح لان
المستحق على احد الوجهين الموجودون مع وصفنا الاقربية وان زادوا على الثلثة والاصح
اعطاء الابن كغيره فان اعطي ثلثا فالثلث والا فالربع ولو اوصى للعصبة دخل
فيهم القريب والبعيد دون المتقرب بالام خاصة لصدق اسم العصبة على القريب والبعيد
من المتقرب بالاب دون المتقرب بالام ويستوون في الوصية كغيرهم من المتعددين ولو
اوصى لاهل بيت فلان دخل الاباء والاولاد والاجداد والاعمام والاخوال واولادهم
قال العلامة في التذكرة لو اوصى لاهل بيته صرف الى قرابته من جهة الاب ومن قبل الام فيعطي الا لمانم
واباءهم من الجدات والاجداد وابناءهم من الاعمام والاخوال ذكورهم واناثهم ويعطي الا ولادهم
ولاد واولاد الاولاد والذكر والانثى وبالجملة كل من يعرف بقرابته وهذا يقتضي ان يكون اهل بيته
بمنزلة قرابته وحكى عن ثعلب انه قال اهل البيت عند العرب اباء الرجل واولادهم كالاجداد
والاعمام واولادهم ويستوي فيه الذكور والاناث ثم حكى عن بعض الحنابلة ان اولاد الرجل
لا يدخلون في اسم القرابة ولا اهل بيته وحكى انه يأتيهم خلافه اوله ان استعمال اهل البيت في
القرابات موجود يقال الفلانيون اهل البيت في النسب معروفون وعلى ذلك جرى ما روي
عنه ص انا اهل بيت لا تحل لنا الصدقة لكن في كون ذلك حقيقة اللفظ تردد فقد اضطرب
كلام العامة في تفسير اهل بيت النبي ص واطبق اصحابنا مع جمع من العامة على انهم علي وفاطمة وابناهما
ولو كان لهذا اللفظ معنى حقيقي هو لما وقع هذا الاختلاف والاضطراب الا ان يقال انه
هو معنى اللفظ لغة واهل بيته ص اختصوا بالنص عليهم وينبغي ان يقال انه كان عرف الموصي
يقتضي معنى آخر وجب المصير اليه لان الظاهر انما يريد باللفظ ما يتعارف بينهم وكذا
ان اذا دلت القرينة على شيء وجب المصير اليه ولو اوصى لاهل فلان تناول زوجته
ويحتمل بلزمه نقلة الشايع بين اهل اللغة ان اهل الرجل مع قطعه عن لفظ البيت

زوجته قال تع حكاية عن موسى قال لاهله امكثوا وقال الزمخشري في الاساس اهل الرجل
اهولاً وتأهّل تزوج أهلاً وفي الحديث انه اعطى العزب حظاً والآهل حظين مع ان ورجل م
الكلام يشتمل على استعماله في غيرها ويحتمل ان يراد به من يلزمه نفقته لقوله تع فنجيناه واهله الا
امرأته والمراد من كان في عياله كذا قيل وفيه نظر اذ لا دلالة في الآية على ان الاهل من تجب
نفقته وفسر في الكشاف بمن يختص به من ذويه او من المؤمنين قال المص في التذكرة فعلى الا
لو صدرت الوصية منه مرة بطلت بناء على ما فرضناه اولاً وهو وصية الرجل لاهله ويشكل بان
الاهل يستعمل في غير الزوجة واقله ان يكون مجازاً ويصار اليه عند تعذر الحقيقة لقرينة الحال
كما لو اوصى لاولاده وليس له الا اولاد الاولاد والذي يقتضيه النظر الحمل على المعنى المتبادر
في عرف الموصي ما لم تدل القرينة على معنى آخر ومع انتفائهما فالحمل على الزوجة قريب لانه
اشيع والذرية الاولاد واولادهم ذكوراً واناثاً وهنا في التعميم بالذكور والاناث و
الخناثى فالاولاد واولاد اولادهم فيدخل اولاد البنات خلافاً لمالك واحمد ويدل على الدخول
قوله تع ومن ذريته داود وسليمان الى قوله وعيسى وليس هو الا ولد البنت والعقب والنسل
كالذرية في ذلك والاختان ازواج البنات والاصهار آباء زوجاته وامهاتهن الاختان جمع
ختن بالتحريك قال في القاموس انه الصهر وكل من كان من قبل المرأة كالاب والاخ وقال في الاساس
وهذا ختن فلان لصهره وهو المتزوج الى بنته او اخته وابو المهر ختناه واقتسامه الاختان و
الاختان من قبل المرأة والاحماء من قبل الزوج وخاتنه صاهره فعلم من هذا ان الاقتصار في الختن
على زوج البنت هو قول اهل اللغة وان اسم الصهر يقع عليه وكان الشارح خلافه قال في التذكرة
ويدخل ازواج الاحفاد ان قلنا بدخول الاحفاد في الوصية للاولاد وهو حق لان بنت البنت
ح بنت حقيقة وقد تردد المص في التذكرة في دخول اجداد الزوجة وجداتها في الاصهار وظاهر
عبارته هنا الدخول والذي يقتضيه الدليل اتباع العرف في ذلك ولو دلت القرينة على شيء
تعين اتباعه والآل القرابة قال في التذكرة لو اوصى لآل فلان فالاقرب صحة الوصية وصرف الى
قرابته قضية للعرف ثم احتج على ذلك بما لا يطابق اصول مذهبنا وذلك مما روي من ان آل
رسول الله صلى الله عليه وآله الذين حرموا الصدقة بعده آل علي عليه السلام وآل العباس وآل جعفر وآل عقيل وبانه
اصل آل اهل قلبت همزة وقد تقدم ان اهل الرجل زوجته والذي ذكره ابن عيسى في كشف الغمة الهاء م
ان حقيقة الآل لغة القرابة وهو شاهد والاستعمال العرفي لا يأباه ولو اقتضى العرف والقرينة

شيئا

شيا اوجب الميل اليه واعلم ان المصنف قال في التذكرة في آخر هذا البحث ونعم ما قال وينبغي ان يتبع
الحاكم والوصي معنا مراد الموصي ان ظهر لهما بقرينة حال وشبهها ولا يتبعان ان ظهر معاني اللفظ
بالوضع او الاستعمال اللامع عدم التمكن من معرفة مراده هذا كلامه فهو هنا بعاف في جميع هذه
المسايل   والعترة الاقرب اليه نسبا وقيل الذرية الاول قول ابن ادريس والثاني قول
ابن زهرة وكل منهما احتج لمذهبه بالنقل عن اهل اللغة ولا ريب ان الاول اعرف واشهر قال
في القاموس العترة نسل الرجل ورهطه وعشيرته الادنون ممن مضى وغيرهم وفي الاساس نقلا
عن العين نحو ذلك   والعشيرة القرابة كذا قال في التذكرة وحكي عن بعض الشافعية ان العشيرة
والقبيلة لا يدخل فيهما الا قرابة الاب وفي القاموس عشيرة الرجل بنو ابيه الادنون او قبيلته و
اتباع العرف في ذلك مع عدم القرينة لا ريب فيه ومع انتفائهما فما ذكر محتمل   والقوم
اهل لغته والجيران من يلي داره الى اربعين ذراعا على راي اما القوم فقد اختلف الاصحاب
فيهم فقال سلار هم اهل لغته وقال الشيخان وابن البراج وابن حمزة انهم الذكور من اهل لغته
وقال ابن ادريس انهم الرجال من قبيلته ممن ينطلق العرف بانهم اهله وعشيرته دون من سواهم
لانه الذي يشهد به اللغة ثم استشهد بقول الشاعر   قومي هم قتلوا اميم اخي * فاذا رميت يصيبني
سهمي   وغيره وذكر في كلامه ان قوم الرجل جماعة اهل لغته من الذكور دون الاناث
وذلك هو مختار الشيخين واكثر الاصحاب ولا ريب ان ما قاله ابن ادريس اقرب وادخل في كلام
اهل اللغة وقال ابو الصلاح يعطى المعلوم من قصده فان لم يعلم دفع الى قومه في ذلك الاطلاق
وهذا حق لكن مع انتفائهما فهل يعمل بالمشهور ام بما اختاره ابن ادريس كل محتمل وقول ابن
ادريس قوي ومخالفة الاكثر في تفسير موضوع اللفظ مشكل واما الجيران فقد سبق حكاية الاختلاف
في تفسيرهم بين الاصحاب والاصح الرجوع الى العرف   ولو اوصى لمواليه وله موال من اعلى
ومن اسفل ولا يعرف الى ايهما اراد   اما الحكم الاول فلان اللفظ ان كان مشتركا بين الموالي
من الطرفين الا ان المتمكن والظاهر ارادة الموجودين فتعين الحمل عليهم مع احتمال البطلان
لان ابهام اللفظ لا يختلف بان يوجد محاملها او لا توجد نبه عليه في التذكرة ولاختلاف وظاهر
الاستعمال بقرينة الحال واما الثاني فلان اللفظ حقيقة في موالي نفسه ومجاز في موالي ابيه ولا يصار
الى المجاز مع امكان الحقيقة   ولو اجتمعا فالاقرب البطلان وقد سبق مثله في الوقف وبينا هناك
اقوال الاصحاب وقد لاح لك ان الاصح البطلان   ولو لم يكن له موالي في استحقاق موالي ابيه

كتاب العين مصنف خليل بن احمد مشهور في اللغة

هو م

نظر ينشأ من كونه ليس مولى له ومن المصير الى المجاز عند تعذر الحقيقة والثاني اقوى لان الحال
يشهد بارادة المجاز اذا كان الموصي عالما بالحال ولولا ذلك لكان لفظه لغوا محضا وصيانة
عن اللغو يجب الحمل على الممكن متعينة   وان اعطيناه فان كان له موال ولابيه موال فان مواليه قبله
لم يعط موالي ابيه بخلاف ما لو اوصى لاقرب الناس اليه وله ابن وابن ابن فمات الابن في حيوته
فانه لابن الابن لصدق اللفظ عليه حقيقة اذ هو اقرب الناس اليه عند الاستحقاق وفيه نظر
لان الظاهر ان المراد هو ما صدق عليه اللفظ حين الوصية بخلاف هذا لو اوصى لمواليه وكان له
موال من اسفل ثم اعتق مملوكا لم يشارك الموجودين وقت الوصية   ولو اوصى المسلم لاهل قريته
او للفقراء فهو للمسلمين من اهل القرية او من الفقراء دون الكفار   وذلك لان الظاهر ان
المسلم لا يريد الوصية للكافر للعداوة الدينية الراسخة بينه وبينهم وانقطاع الوصلة المانع من
الميراث ووجوب الاهانة على تقديرهم ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الاولاد والاخوة والاخ   بلغ
وسائر الالفاظ العامة في الميراث ولو صرح الموصي بدخولهم دخلوا ان كانوا اهل ذمة وكذا
الحكم لو اوصى لقرابته وفيهم مسلم وكافر   ولو كان جميع القرية كفارا صحت ان كانوا اهل ذمة
لشهادة الحال بانه يريدهم بالوصية والا كانت هذرا ولغوا وكذا لو اوصى لقرابته وكلهم كفار   كانوا م
وانما قيد بكونهم اهل ذمة لما سبق من عدم جواز الوصية للحربي   ولو كان الاكثر اهل ذمة ففي
تخصيص المسلمين نظر ينشأ من استبعاد ارادة الاقل خاصة من لفظ العموم ومن جواز التخصيص
وان بقي الاقل ووجود القرينة المخصصة ولولاه لم يجز التخصيص لو كان الكفار اقل والاستبعاد
مع قيام المقتضي للتخصيص لا اثر له فيرجع لو لم يكن في القرية الا مسلم واحد لم يختص بالوصية
لانه خلاف ظاهر اللفظ ولا يرد ذلك على العبارة لظاهر قوله ففي تخصيص المسلمين   ولو اوصى
الكافر للفقراء صرف الى فقراء اهل نحلته   لوجود القرينة الدالة على ارادة عدم غيرهم ولما روي
ان الرضا عليه السلام حكم في وصية مجوسي بشيء من ماله للفقراء بان ذلك ليس لفقراء المسلمين
ولكن ينبغي ان يوخذ مقدار ذلك من مال الصدقة فيرد على فقراء المجوس   وكذا لو اوصى
لاهل قريته وان كانوا كفارا   الظاهر ان المراد وان كانوا غير اهل ذمة والا فلا معنى للعطف
بان الوصلة اذ ليس هذا هو المعهد الاخفى في هذا المقام بل الاخفى هو الكفار غير اهل الذمة لكن
يشكل ذلك بما سبق من عدم صحة الوصية للحربي لانه في غير ذلك يجب المصير اليه واعلم انه لو كان في القرية
كفار من غير اهل دين الموصي لم يدخلوا في الوصية عملا بالوصية   ولو كان فيها مسلمون ففي دخ   لم م

نظر

نظر بينا من تناول اللفظ لهم وهم احق من غيرهم ولا يصرف اللفظ عن مقتضاه ومتى
هو احق بحكمه الجميع ومنه ان العداوة الدينية قرينة على عدم ارادة الدخول ومقتضى تعليل
المص في التذكرة ان المختار عنده دخولهم ويشكل ذلك بان وجود القرينة المخصصة يقتضي
عدم التناول والاحقية ممنوعة فان الاحق هو من اراده المالك بالوصية دون غيره وان كان
دينه الحق وهذا اقرب   ولو لم يكن فيها الا المسلمون صرف اليهم لوجود القرينة الدالة على ذلك
فان تنفيذ الوصية انما يكون اذا قلنا بالصرف اليهم وكذا يدخلون لو لم يكن فيهم الا الكافر ولو حدث فرع
لو كان بعض اهل القرية كفارا في وقت الوصية والموصي مسلم ثم اسلموا في حياته ففي استحقاقهم نظر
وعلى ما سبق في الوصية لاقرب الناس اليه وله ابن وابن ابن فمات الابن في حياته يثبت الاستحقاق
هنا وللنظر في ذلك مجال   ولو اوصى لجارحه صحت وان سرت فلا تبطل وكذا القاتل على
اشكال اختلف الاصحاب في الوصية للقاتل فقال الشيخ بصحتها لعموم قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم
الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين ونحو ذلك كقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها
وقال ابن الجنيد لا وصية لقاتل العمد لانه نقل مانع من الوصية كمنعه من الميراث وفصل المص في
المختلف والتذكرة بانه ان اوصى قبل القتل او ما يوجبه ثم قتله القاتل كما اذا قال اعطوا ولدي
او اخوتي كذا ثم يقتله احدهم فانه يمنع كما يمنع من الميراث لوجود المقتضي للمنع هناك وهو مقابلته
بنقيض مقصوده وهو الاستعجال في اخذ المال ولمضادة الدوران بالمنع وان تقدم عليه بعد فعل
ما يوجب القتل فالاولى الصحة ولو اوصى بانقطاع سببه فالاقرب المنع عملا بالدوران والاصح
الاول واختاره شيخنا في الدروس ووجه المنع ضعيف لانه مخصصا للنص والحمل على الميراث
قياسا اذا عرفت ذلك فارجع الى عبارة الكتاب واعلم ان الاشكال ينبغي ان يكون في كل من القاتل
والجارح مع سريان الجراحة لان كلا منهما قاتل الا ان ذكر احدهما مع الاخر مستدرك ومنشأ
الاشكال معلوم مما ذكر سابقا وتفصيل المختلف انما يتحقق فيما وجد سبب القتل اذ لا يتصور
الوصية للقاتل بعد القتل وظاهر اطلاق العبارة عدم الفرق بين القتل عمدا وخطأ وفرق
المص في التذكرة فخص المنع بالعمد وعليه دل كلام ابن الجنيد ولا بد من تقييده بكون القتل ظلما فلو
الوصية للقاتل بحق كما يصح له الميراث صرح به في التذكرة   وكذا لو قتلت المستولدة سيدها
فانها تعتق اي كما تصح الوصية للجارح وان سرت وكذا القاتل على اشكال كذا ام الولد لو قتلت
سيدها فانها تعتق من نصيب ولدها بغير اشكال ولا يقدح في ذلك استعجالها العتق

بقتله وحاول المص الدلالة على عدم الاشكال هنا بقوله فانه لا يتحقق فان ذلك كما يدل على وجه
الشبه يدل على عدم تحقق الاشكال المجتمع ه وكذا المدبر لو قتل سيده لم يمنع ذلك من عتقه
لكن على ما ذكره المص في التذكرة يأتي الاشكال السابق لان التدبير عنده وصية فيكون كالموصى صح
للقاتل فيكون جزمه هنا بعتقه مع تردده في الوصية للقاتل المنظور فيه ولا يستقيم ان يراد بكذا
هنا نفي الاشكال لان المراد رفع التشبيه بالمسئولة وكذا الدين المؤجل معناه وكذا لو قتل من
المؤجل اذا قتل المديون فان القتل لا يمنع الحلول بغير اشكال وعلله في التذكرة بان الاجل حق
من عليه الحق اثبت ليرتفق به بالاكتساب في المدة فاذا هلك فالحظ له في التعجيل لتبرأ ذمته والحاصل
انه ليس الحلول هنا تبعا للدين وهو ليقابل بنقيض مقصوده لو قتل ولو اوصى لاصناف
الزكاة او لمستحقيها فالاقرب استحقاق كل صنف ثمن الوصية ووجه القرب انه اوصى لمحصورين باعتبار
الصنف فانهم ثمانية والوصية تمليك فاذا وقعت لمتعدد اقتضت التشريك فيكون لكل صنف ثمن
بخلاف الزكاة فان الاصناف الثمانية مصرف لها ولهذا لا يملكها الفقير بمجرد قبولها من دون القبض
منافيه ولا يعتبر قبوله بل ولا علمه انها زكاة ويحتمل ضعيفا الحاقها بالزكاة في حكمها فيكون كل واحد منها لا
مصرفا تاما يجوز الاقتصار عليه والمناسبة في نوعيها عليهم نظرا الى ان الوصية للاصناف
الاكتفاء في صرف كل ثمن من الوصية الى واحد من كل صنف فلا يجب صرفه الى اثنين او ثلثة حملا للجمع
على العام ووجه القرب ان احاد الصنف لما لم يكونوا محصورين امتنع كون الموصى به للمتعدد فيكون
ذلك الصنف مصرفا لثمن الوصية فيكتفي فيه بالواحد كما في الزكاة لان استحقاق المتعدد اما على وجه
التشريك او على جهة كونه مصرفا ولما انتفى الاول تعين الثاني ويحتمل وجوب الدفع الى مسمى
الجمع نظرا الى ظاهر اللفظ كما في الوقف وضعفه بان الجمع في لفظ الوصية لاصناف الزكاة في
الاصناف لا في احاد الاصناف وفي الوصية لمستحقيها يتحقق الجمع بتعدد الصنف والاصح ما قربه المص
ولو اوصى للفقراء دخل فيهم المساكين وبالعكس على اشكال ولو اوصى للفقراء والمساكين
معا وجب الدفع اليهما اجماعا ذكره المص في التذكرة ولو اوصى لاحدهما فقد قال بعض العامة انه
يندرج فيه الاخر لان كل واحد منهما اسم يقع على الفريقين عند الانفراد وقال في التذكرة
وهل يدخل المساكين في الوصية للفقراء اشكال اقربه الدخول ان جعلنا المسكين اسوأ حالا من
الفقير وكذا لو اوصى للمساكين ففي دخول الفقراء اشكال اقربه الدخول ان جعلنا الفقير اسوأ
حالا من المسكين اذا عرفت ذلك فاعلم ان الاشكال في العبارة يحتمل تعلقه بكل من المسئلتين ويتناف

حينئذ

حينئذ من اطلاق لفظ الفقراء على المساكين وبالعكس عند الانفراد ومن الشك في كون ذلك حقيقة
والاصل عدم الترادف ويحتمل تعلقه بالاجنبية خاصة تنزيلاً على ان المسكين اسوأ حالاً من
الفقير ووجهه انه على هذا التقدير يندرج المسكين في الوصية للفقراء جزماً لكونه اسوأ حالاً ولا
العكس فان منشأ الاشكال ومنشأه من اطلاق لفظ المساكين على الفقراء عرفاً عند الانفراد ومن
انه لكون المسكين اسوأ حالاً منه لا يتناوله لفظه فلا يندرج في الوصية فيكون منشأ الاشكال من
تعارض الاستعمال العرفي والوضع اللغوي والظاهر تعلق الاشكال بالمسألتين معاً سواء قلنا
بان الفقير اسوأ حالاً ام المسكين لانه ايهما كان اسوأ حالاً لا يجب ان يتناوله لفظ الآخر لاختلاف
المسميين ومنشأ الاشكال حينئذ اختلاف المعنى لغة وجواز اطلاق كل من لفظ احدهما على
الآخر عرفاً فالذي يقتضيه الدليل عدم دخول احدهما في الوصية للآخر لاختلاف الوضعين
والاطلاق العرفي لم تبلغ درجة الحقيقة الا ان تدل القرينة على ارادة المعنى العرفي ويكفي في ذلك
القرينة المستفادة من حال الموصي وقصده وما يفهم امثاله عرفاً واعلم ان تحقيق الاسوأ حالاً
منهما موضعه كتاب الزكاة   اما لو اوصى للفقراء بعشرة وللمساكين بثلثين وجب التمييز هذا كما
لو صرح فان لفظ الفقراء والمساكين مختلفان وضعاً اذ لا معنى للتمييز بين اللفظين المتحدين
وضعاً فينطق بذلك فساد وهم من توهم تساويهما في المفهوم ووجه ما ذكره المص انهما لما افترقت
بينهما في الوصية وجب تنفيذها ولا يتحقق ذلك الا بالتمييز بينهما لان التسوية تبديل للوصية و
مفهوم العبارة يشعر بانه لو اوصى لكل منهما بمثل الآخر لا يجب التمييز وهو حق لامكان الدفع
الى القبيلتين على السواء من غير تمييز نعم لا يجوز الاقتصار على احدهما لانه مخالف للاجماع الذي
حكيناه عن نقله في التذكرة سابقاً   ولو مات الموصى له قبل الموت قيل بطلت وقيل ان لم يرجع
فهي لورثة الموصى له فان لم يكن وارث فلورثة الموصي اي لو مات الموصى له قبل الموصي والقائل
بالبطلان هو ابن الجنيد وجماعة احتجاجاً برواية ابي بصير ومحمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام
وقد تقدم ذكرهما والكلام عليهما في اول كتاب الوصايا والثاني قول ابن الجنيد وجماعة ويدل
عليه رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام وقد سبق ذكرها والاصح عدم البطلان الا ان يعلم تعلق
غرض الموصي بالموصى له واعلم ان الذي تقدم في كلام المص يقتضي الجزم بعدم البطلان وبه صرح
في التذكرة واستحسنه في المختلف وقد حكى القولين هنا ولم يرجح شيئاً   ولو قال اعطوا فلاناً كذا
ولم يبين ما يصنع به دفع اليه يعمل به ما شاء لان الوصية تمليك فيقتضي تسلط الموصى له تسلط

سائر الملاك ولو عيّن المصرف كان فالاعطاء ليحج به تعين صرفه في تلك الجهة لعموم قوله تعالى فمن بدّله
بعد ما سمعه الآية   ولو أوصى في سبيل الله فالأقرب صرفه الى ما فيه قربة وقيل يختص بالغزاة وجه
القرب ان السبيل الطريق وكل ما فيه قربة فهو طريق الى الله تعالى فيجب اجراء السبيل على عمومه واحتج الشيخ
في الخلاف على ذلك مع ما ذكرناه باخبار الطائفة وابن ادريس بالاجماع والقول المحكي هو قول الشيخ
قال ره   في النهاية والمفيد في المقنعة فانهما قالا اذا اوصى بثلث ماله في سبيل الله ولم يسم اخرج في معونة المجاهدين
لاهل الضلال والكافرين فان لم يحضر مجاهد في سبيل الله وضع في ابواب البر من معونة الفقراء و
المساكين وابناء السبيل وصلة آل الرسول عليهم السلام وكثيره في فقراء آل محمد ومساكينهم وابناء سبيلهم
ويصرف ما بقي بعد ذلك في وجوه البر واحتج الشيخ بان عرف الشرع يقتضي صرف السبيل الى الغزاة وحكم
كلام الادميين اذا اطلق حكم ما اقتضاه الشرع والمقدمتان ممنوعتان والاصح هو الاول
وتستحب الوصية للقرابة وارثا كان او غيره لا خلاف عندنا في جواز الوصية للوارث وبه اخبار متعددة
صحيحة من طرقنا وقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين
بالمعروف حقا على المتقين نص في استحباب الوصية للاقارب وارثا كان او لا وتوجيهه ان صلة الرحم
فروع الاول ره   فيكون مستحبا   ٣ لو اوصى لعبده برقبته احتمل ضعيفا البطلان والصرف الى التدبير وجه احتمال
البطلان ان التمليك يستدعي المغايرة بين المالك والمملوك وهي منتفية هنا مع ان العبد لا يملك
ووجه ضعفه ان المفهوم من ذلك عرفا ازالة الملك عنه بعد موته وهو معنى التدبير فانه تمليك
العبد نفسه اذا عتق والمالك رجاحه اذا قلت والمجاز المشهور يجب المصير اليه عند تعذر الحقيقة
ونصب الصرف الى التدبير وهو الاحتمال الثاني وعليه الفتوى   ولو اوصى لمكاتبه فالاقرب
انه كالعبد وجه القرب انه بالكتابة لم يخرج عن كونه عبدا لبقاء تبعيته في الملك فيدخل في عموم الدليل
الدال على ان الوصية للعبد تصرف الى قيمته فيأتي ما سبق في العبد من احتمال بين الوصية لمعتق من
التركة ويحتمل ان يقال ان المتجه هنا عدم البطلان في المعتق لصحة الوصية لمكاتب الغير على اصح القولين
فمكاتب نفسه كذلك ويحتمل نفوذ الوصية مطلقا لانقطاع سلطنة المولى عنه وصحة تصرفاته وتملكه
بجميع اسباب الملك فلا مانع من تملكه بالوصية والاول اقوى لتناول النص له وعند المفيد وسلار
وابن البراج ان الوصية لمكاتبه غير متجزئ ونفذ بقدر ما عتق منه ويرجع الباقي الى ورثته وضعفه ظاهر
وحينئذ فالاقرب اعتبار اقل الامرين من القيمة ومال الكتابة فان ساواه الموصى به عتق اي
وحيث انه كان كالعبد فيما سبق فالاقرب في عتقه من الوصية اعتبار اقل الامرين من قيمته ومال الكتابة

بالنسبة الى الموصى به فان ساوى الموصى به الاقل منهما عتق ووجه القرب اذا كان مال الكتابة اقل
ان عتقه منوط باداء ذلك القدر فان عقد الكتابة لازم فاذا اداه تحتم عتقه فينفذ من الوصية
لا بمقدار مال الكتابة ويحكم بعتقه واذا كانت القيمة اقل فالرواية الواردة بتقويم المملوك بقيمة
عادلة تتناوله لمحل النزاع فان قيل ان في ذلك تضييعا لبعض الدين الثابت في ذمة المكاتب بالعقد
اللازم قلنا اطلاق الرواية دل على عدم اعتبار الزائد على انه غير معلوم الحصول لامكان ان يعجز نفسه
فيرجع الى القيمة حينئذ فليعتبر من اول الامر فان قيل حيث اعتبرت القيمة نظرا الى دلالة الرواية
فلا يعتبر مال الكتابة اذا كان اقل لانه خروج عن النص قلنا اعتبر بدليل آخر فانه مع القلة لا شيء
عليه يقتضيه العقد اللازم سوى ذلك القليل فمع ادائه يجب الحكم بعتقه قطعا والا امتناع
في العمل بالحكمين المختلفين بدليلين وهذا اقوى ويحتمل اعتبار القيمة مطلقا للرواية ومال الكتابة
مطلقا لانه الثابت في الذمة وكلاهما ضعيف لو اوصى لحمل امرأة من زوجها فنفاه باللعان
بطلت على اشكال ينشأ من انتفاء الحمل باللعان والوصية له مقيدة بكونه منه ومن انه عند الوصية
كان حملا من النكاح لحاقه به وانما انتفى باللعان ولا يلزم من انتفائه باللعان انتفاء الاستحقاق
الثابت قبل ذلك ولان الموصي فصله بالوصية لانه بنى على الظاهر حينئذ ويضعف بان اللعان
يقتضي الكشف عن نفي نسبه من حين تكونه وكونه حملا من النكاح قبل اللعان ظاهرا غير كاف
في الاستحقاق ان ثبت انتفاؤه عنه والوصية منوطة بكونه منه وفصل الموصي اياه بالوصية انما كان
من هذه الجهة كما دل عليه اللفظ وقد حكم بانتفائها فالاصح البطلان وكذا لو اوصى لولد
فلان واشار الى معين فكذبته النسبة والاقرب البطلان مع تعلق غرضه بالاب وكذا الاشكال
في البطلان وعدمه لو اوصى لولد فلان هذا واشار به الى معين فكذبته النسبة ~~والاقرب البطلان~~
اليه وتحقيق انه ولد غيره ومنشأه من وجود النسبة والاشارة فيحتمل تغليب الاشارة لقوتها
ولان النسبة ربما كانت للتعريف والتمييز ويحتمل اعتبارها لاناطة الوصية بالامرين معا ووجه
المترتب فيما قرره المص انه مع تعلق الغرض بالنسبة انما اوصى للمعين مع صدقها عليه فلا يستحق
بدونها بخلاف ما اذا دلت القرينة على عدم تعلق الغرض بها فان ذكرها حينئذ كعدمه وهذا
هو الاصح اذا عرفت ذلك فالاحوال ثلث ان يعلم تعلق الغرض بها وعدمه والحكم فيهما قد علم
وان يجهل الامران فيحتمل الصحة لوجود المقتضي وهو الوصية والشك في المانع وهو تعلق الغرض
والبطلان لان ذكر النسبة يدل على تعلق الغرض وفيه نظر لجواز ان يكون ذكرها للتعريف

والتمييز لا للتعلق الغرضي وكل منهما محتمل وان كان الاول لا يخلو من قرب فان ذكر الشبه لا دلالة
له على كونها شرطاً في الاستحقاق   لو اوصى بعين لحي وميت او للملك والحائط مع علمه احتمل
تخصيص الحي بالجميع او النصف ولو جهل فالنصف لما امتنعت الوصية للميت والملك والحائط لامتناع
ثبوت الملك لهم على الوجه المتعارف احتمل فيما اذا اجمع في الوصية بين احدهم وبين زيد الحي تخصيص
الحي بالجميع لانه بالوصية قصد اخراج الجميع عن ملكه مع علمه بان من عدا زيد الحي لا يملك يكون
قصداً الى تمليك الحي الجميع ولان العطف تقتضي التسوية في الحكم وهو هنا يملك جميع العين فانما
انتفى عنه للمزاحمة وهي منتفية هنا ويحتمل تخصيصه بالنصف لان ظاهر اللفظ يقتضي التشريك نظراً
الى العطف فيقتضي صرف النصف عن الحي الى من لا يصح تملكه وذلك يقتضي بقاءه على ملك الموصي
ولا اثر لعلمه وعدمه لان معنى المعطوف عليه في مثل هذا التركيب انما يتم بالمعطوف وحينئذ فلا
شيء في اللفظ يقتضي اختصاصه اي الحي بالجميع وهذا اظهر اما اذا جهل عدم تملك من عدا الحي فلا
بحث في استحقاقه النصف خاصة وكذا لو مات احدهما بعد الوصية لما ابى مثل الحكم فيما اذا جهل
اي عدم تملك من عدا الحي الحكم فيما لو اوصى لهما فمات احدهما بعد الوصية فان للحي النصف فقط
قطعاً لتحقق قصد الشركة حين الوصية سواء قلنا ان موت الموصى له يقتضي بطلان الوصية لو مات
قبل الموصي ام لا   اما لو قال اوصيت لكل من فلان وفلان بنصف ماله فان الحي يستحق النصف
اي لو قال اوصيت لكل من فلان وفلان بنصف ماله مثلاً وكان احدهما ميتاً فان الحي يستحق
النصف قطعاً لانه قد افرد كل واحد منهما بالاخذ بالاستحقاق في اللفظ فكان كما لو قال لهذا
المقدار ولهذا اولها بخلاف الصورة السابقة فان التنصيف انما جاء من مزاحمة الثاني للاول
في استحقاق الجميع   لو اوصى بشيء لزيد وللمساكين احتمل ان يكون لزيد النصف والربع و
كواحد منهم   وجه الاول انه اوصى لجهتين فلا ينظر الى احادهما كما لو اوصى لشخصين او
لقبيلتين ووجه الثاني ان اقل المساكين ثلثة لانه جمع وقد شرك بين زيد وبينهم بالعطف
فيكون كاحدهم ويضعف بان التشريك بين زيد والمساكين لا بينه وبين احاد المساكين
فيكون زيد من بقية المساكين اخذ ووجه الثالث ان المساكين وان كان اقل ما يقع عليه
ثلثة الا انه يقع على ما زاد ولا يتعين الدفع الى ثلثة بل يجوز الدفع الى ما زاد فيقتضي التشريك
ان يكون كواحد منهم ويضعف بعدم معلومية ما يستحق والاصح الاول   لو قال اشتروا بثلثه رقاباً
واعتقوهم لم يجز الصرف الى المكاتبين لانتفاء الشراء بالنسبة اليهم نعم لو بطلت الكتابة

لتشريكه

بالتجويز

بالتعيين صح لامكان الشركة ح لو اوصى بحمل فاتت به لاقل من ستة اشهر استحق فان ولدت
آخر لاقل من ستة اشهر من ولادة الاول شاركه لتحقق وجوده وقت الوصية وذلك لانهما
حمل واحد اجماعاً ولا فرق في ذلك بين ان يكون فراشاً او لا ولو جاءت بالثاني لستة اشهر
فما زاد لم يشاركه لامكان تجدده ولا يخفى ان ذلك انما يتصور اذا لم يتجاوز مجموع المدتين اقصى
مدة الحمل لو اوصى للمسجد صرف الى مصالحه سواء اطلق عينه اما لو قصد التمليك فانه يبطل
اي سواء اطلق المسجد او عينه كالمسجد الحرام فالضمير في عينه يعود الى المسجد ويحتمل عوده
الى مصدر صرف اي سواء اطلق الوصية فلم يذكر المصرف او عينه وذلك لان المعروف من
الوقف على المشهد ونحوهما المصرف الى مصالحه فلا حاجة الى التصريح به نعم لو قصد بالوصية للمسجد
تمليكه لم يصح لامتناعه لو اوصى لكل وارث بقدر نصيبه فهو لغو ولو خصص كلا
بعين هي قدر نصيبه فالاقرب الافتقار الى الاجازة لظهور الغرض في اعيان الاموال لا ريب
انه لو اوصى لكل وارث بقدر نصيبه من التركة كان لغواً لان ذلك ثابت على كل تقدير ولو
خصص كل واحد بعين هي قدر نصيبه فاما ان يكون على وجه التمليك او على وجه الوصية فان كان
الاول فالاقرب عدم توقفه على الاجازة لان التصرف في المرض نافذ بمقتضى الفقه لا يتوقف على
الاجازة ولهذا جاز البيع بثمن المثل وكذا باقل بما يتجاوز الثلث وكذا [illegible]
ان الشخص ما دام حياً لا يخرج ملكه عنه والناس مسلطون على اموالهم غاية ما هنا كان ظهور امارة
الموت تقتضي المنع مما زاد على الثلث لمصلحة الوارث جمعاً بين الحقين بوجوب مراعاة [illegible]
للوارث وتجويز التصرفات من المريض ولولاه لم يكن لبقاء ملكه اثر ويحتمل ضعيفاً توقف الزائد
على الثلث على الاجازة لثبوت الحجر في الزائد لحق الوارث وتعلق الغرض باعيان الاموال
كتعلقه بالقيمة وهو ظاهر وليس بشيء والا لم يصح بيع التركة بثمن المثل وان كان الثاني ففي
التوقف على الاجازة وجهان احدهما التوقف لتعلق الغرض بالاعيان كتعلقه بالقيمة فكما
لا يجوز ابطال حق الوارث من القيمة لا يجوز ابطاله من العين ولان الوصية تمليك بعد الموت
فيتوقف فيما عدا الثلث على الاجازة لتضمنها ابطال حق الوارث من العين فان ما زاد على الثلث لعموم
النصوص الدالة على منع التصرف في الزائد والثاني العدم لان الوصية وان كانت تمليكاً بعد الموت
الا انها تصرف قبله فوجب ان يكون نافذاً مع بقاء قيمة الثلثين للوارث للجمع بين الحقين كما
سبق ولان اعتبار الاعيان مع عدم اعتبارها في بيع المريض تركته بثمن المثل بناءً على

المسجد م

عدم الفرق بين المنجز والوصية مما لا يجتمعان والثاني ثابت قطعاً فينتفي الاول بيان الشرطية في
ان النص الدال على المنع مما زاد على الثلث في المنجز والوصية واحد فاذا قيد بالقيمة استويا في
ذلك فان قيل التقييد بالقيمة في المنجز ثابت اجماعاً ولا يلزم مثله ذلك في الوصية فانها تنفذ
بعد الموت فلا دليل على التقييد فيها قلنا بل هي تترتب في حال الحياة فيظهر اثرها بعد الموت في الاذن
تنفيذها معاً او عدم نفوذهما معاً ويؤيده عموم قوله تعالى فمن بدله بعد ما سمعه فان قيل هو
عام مخصوص بالنص الدال على المنع مما زاد على الثلث الا بالاجازة قلنا بل هذا النص محتمل
لان يراد المنع منه لذا بعد اعتبار القيمة فقط او العين ايضاً ومع تطرق الاحتمال لا يثبت
التخصيص ويؤيده عموم قوله تع اوفوا بالعقود فان الوصية عقد وعموم قوله عم الناس مسلطون
على اموالهم والا قرب مقرباً لما هنا وما عرفت في التذكرة بقوة الثاني ولا ريب في قوته
واعلم ان قول المص ولو خصص يحتمل ان يكون على طريق التنجيز وان يكون على طريق الوصية
وان يراد الاعم منهما وقد عرفت الحكم في كل واحد منهما وكذا لو اوصى ان يباع عين ماله
انسان بنقد ثمن المثل انما قيد بكون البيع بثمن المثل نقداً لانه لو كان الى اجل وبدون ثمن
المثل اعتبر وحينئذ كون التفاوت غير زائد على الثلث فينظر الى ذلك الاجل وكم حط من الثمن
ثم ينظر الى الباقي من الثمن وينسب الى القيمة فان ساواها او نقص بقدر الثلث لم يكن من صور
الوجهين في اعتبار الاجازة وان زاد فلا بحث في التوقف على الاجازة مع احتمال المنع من بيع ما زاد
على الثلث مؤجلاً بكل تقدير لما فيه من الاضرار بالورثة بمنعهم من التركة الى الاجل وفيه
ضعف والا لم ينفذ الوصية بمنافع التركة مدة لا تزيد على الثلث واعلم ان الحكم في هذه المسئلة
مستفاد مما قبلها ولو باع عين ماله من وارثه بثمن المثل نفذ اذ لا مانع وقال ابو حنيفة انه موقوف
تتوقف على اجازة الورثة في اشتراط التعيين اشكال ينشأ من انها تمليك فيمتنع وقوعه لمجهول ومن
الاطباق على صحة الوصية للفقراء والفقراء ولان الاصالة عدم الاشتراط وباب الوصية اوسع
من غيره في احتمال الجهالة والاصح عدم الاشتراط ولا يخفى انه كما لا يشترط التعيين لا تصح
الوصية مع الابهام فلو اوصى لاحدهما هذين قاصداً باحدهما مبهماً لم يصح قطعاً لامتناع تمليك احد
الوصية الى المبهم اما اذا قصد بها كان فانها تصح على الاصح فان لم نقل به فلو اوصى لا حد
هذين احتمل تخيير الوارث والقرعة وفي التشريك بعداً اي لم نقل باشتراط التعيين فاوصى لاحد
هذين ففيه احتمالات احدها تخيير الوارث كما اذا اوصى لمسكين من المساكين فالوارث يتخير

مسكينا

مسكيناً ويدفع اليه والاصل براءة الذمة من غيره ذلك ولان المراد ايهما كان لامتناع الوصية في
المبهم فكل واحد على طريق البدل موصى له فايهما دفعت اليه الوصية فقد صرفت الى الموصى له بناو الثا
القرعة لان امر مشكل و يضعف بان المستحق ليس واحد منهما مبهماً بل كل واحد على البدل فلا
وجه للقرعة اذ لا اشكال والثالث وهو ابعدها التشريك لان الحق داير بينهما والامر فيتم
بينهما وضعفه ظاهر لان فيه تبديلاً للوصية فان الموصى له واحد منهما اى واحد كان وبحى احتمال لا بح
لم يذكره المص وهو ان يوقف حتى يصطلحا وضعفه ظاهر لان الحق ليس لهما معاً وقد جعل فيه ولا
الواحد مبهم بل ايهما كان فهل من دفع اليه فهو الموصى له والاصح الاول ولو اوصى لمنكر كرجل
تخير الوارث لتعذر القرعة وكذا التشريك فلم يبق الا التخيير شرعاً ولو اوصى لمن يصدق عليه
بالتواطؤ كالرجل ولمن شاء عمم اى لو اوصى بلفظ متواطي كلفظ الرجل ولمن شاء الموصى مثلاً
او الوارث كما لو قال اوصيت بكذا لمن شيئت او لمن شاء الوارث فلا بحث في الصحة وانه يعم الافراد
على طريق البدل واعم منه كما في شاء والغرض من هذا ان مثل هذا اللفظ لا يحتمل سوى ارادة كل واحد
بخلاف احد هذين لانه يحتمل مع ذلك ارادة الابهام واعلم انه ليس المراد من قوله كالرجل نقول الوصية
به مع التعريف بلام ويلزم التكرار اذ المرجع يجوز ان يراد باللام العهد والمعهود ما سبق من قوله كرجل
ما بعدنا فان اللام في مثله لا يفيد العموم فهو في حكم النكرة لان اللام الجنسية لا يخرج مدخولها المعرف بها
عن معنى النكرة اما قوله من شاء فانه للعموم لان من من ادواته وقوله عم المراد به مطلق الشمول
الصالح للعموم الحقيقي ولكل فرد على طريق البدل لو اوصى لمن يتعذر حمل اللفظ عليه حقيقة
فالاقرب صرفه الى المجاز كما لو اوصى لاولاده وله اولاد اولاد لا غير او لابائه وله اجداد وجه
القرب ان العدول الى المجاز يكفى فيه القرينة الحالية او المقالية ولا ريب ان ظاهر حال العاقل
الحايض في وصيته على وجه يبعد في جهة العبث والهزل العالم بانه لا ولد له صلبياً انه لا يريد بولده
الا الموجود وهو ولد ولده ولا يريد بابيه وهو يعلم ان الاب لا موجود وهو جده ولا يعنى بالقرينة
الحالية الا ما جرى هذا المجرى ولان الاصل صيانة كلام المكلف عن اللغو وقد امكن ما به يصان
كلامه عنه فيتعين الحمل عليه ويحتمل العدم لان اللفظ انما يحمل عند الاطلاق على الحقيقة دون
المجاز وانتفاء المعنى الحقيقي بحسب الواقع غير كاف في العدول الى المجاز بدون القرينة الصارفة
عن المعنى الحقيقي اليه فانه على خلاف الاصل ولان الاصل صيانة مال الغير الى ان يحصل السبب
الناقل و يضعف بان ما ذكرناه من حال الموصى قرينة كافية في العدول الى المجاز فانه لا يشترط

في القرينة ان يكون امرًا قطعيًا وح فقد حصل السبب للناقل نعم لو لم يكن عالمًا بالحال بان اعتقد ان له
ولدًا وابًا او نسي الحال فان الوصية تبطل وهذا هو الصحيح واعلم ان العبارة لا تخلو من مناقشة فانه
لو اوصى لمن يتعذر حمل اللفظ عليه حقيقة يجب صرف الوصية اليه قطعًا فلا يناسب قوله فالاقرب صرفه
الى المجاز اذ لا يتطرق احتمال بقية حينئذ مع انه لو قال الصرف اليه لكان اوقع ولكن اقام المظهر مقام المضمر
هذا مع ان عبارته لا تطابق مطلوبه ولو قال لو اوصى بلفظ يتعذر حمله على الحقيقة فالاقرب صرفه الى المجاز
لكان احسن واوفق الا في مثل الدابة فانه لا يصرف الى البليد الا بقرينة لان الحقيقة هنا ممكنة
ومقتضى ما في الباب انه يقتضي بطلان الوصية وهو حكم شرعي فلا يخرج اللفظ باعتباره عن حقيقته فمن
ثم لم يحمل الوصية للموالي على المجاز وهو ارادة المعنيين على الاقوى والفرق بين الموالي وبين احد
هذين ظاهر فان الثاني متوالي بقرينة بعد تامل ان الاستثناء هنا منقطع فان الوصية لمثل الدابة
ليس مما يتعذر فيه حمل اللفظ على حقيقته بل الحقيقة فيه ممكنة كما صرح به المص فلا يمكن ان يكون استثناء
من قوله لو اوصى لمن يتعذر حمل اللفظ عليه حقيقة اذا عرفت ذلك فتوضيح ما اراده ان العدول عن
الحقيقة الى المجاز يستدعي قرينة تقتضي ذلك ولا يكفي في ذلك لزوم فساد الصيغة الا في بنا ان لا
الفساد حكم شرعي كالصحة فاذا اتى بعقد او ايجاب لفظ على حقيقته لزم فساده لم يكن ذلك كافيًا في العدول
الى المجاز فلو اوصى لدابة مثلًا بان قال اعطوا هذه الدابة او لدابة زيد وله دابة وابن بليد مثلًا لم
يجز حمله على البليد نظرًا الى ان حمله على حقيقته يقتضي فساده بل لا بد من قرينة خارجة عن ذلك
حالية او مقالية تقتضي صرف اللفظ عن الحقيقة الى المجاز ومن اجل هذا لم يحمل الوصية للموالي حيث يكون للموصي
موال من اعلى ومن اسفل على المعنيين معًا مجازًا بناء على ان المشترك لا يحمل على معنييه معًا لتجرده
عن القرائن لكونه ليس حقيقة فيهما على الاصح بل حكم ببطلان الوصية لان الحقيقة ممكنة غاية ما في الباب
انه يلزم من كون اللفظ حقيقة كونه مرادًا به احد المعنيين الفساد لكونه مبهمًا والفساد حكم شرعي كما ان
الصحة حكم شرعي فيجب ان يترتب على كل مقتضاه ولا يخرج اللفظ عن مدلوله بمجرد ذلك وقول المص
على الاقوى في قوله وهو ارادة المعنيين على الاقوى يشير به الى الخلاف الواقع بين الاصوليين في ان
المشترك بالنسبة الى مجموع معنييه حقيقة او مجاز والى ان المختار عنده انه مجاز فالجار في قوله على
الاقوى يتعلق بما دل عليه قوله وهو ارادة المعنيين على الاقوى فيكون متعلقًا بما دلت عليه النسبة
ماديته معنى الفعل ولا يخفى ان المجاز هو اللفظ باعتبار ارادة غير موضوعه منه ففي العبارة تسامح
والفرق بين الموالي الخ جواب سؤال مقدر تقريره على ما ذكرت من ان الموالي لا يحمل الا على

احدى

اشتباه

احدي المعينين فاي فرق بين الوصية لاحد هذين وبين الوصية للحي والميت حيث سوّيتما في الحكم لا

الفرق وجوابه ان احد هذين اذا اريد به اي واحد كان منهما شمل الحي فهو بمنزلة حيوان وما جرى

مجراه غاية ما هناك ان افراد احد هذين اثنان فقط بخلاف افراد حيوان ونحوه واما الحي والميت فانه

بالنسبة الي المعينين مشترك لا يراد منه الا واحدًا منهما بخصوصه وفي الحي والميت يراد ما صدق عليه

مفهوم اللفظ ولو اريد باحد هذين واحدهما لكانت الوصية باطلة لو وصي للحمل فوضعت حيًّا

وميتًا صرف الجميع الي الحي مع احتمال النصف وجه الاول ان الميت كالمعدوم انما هو في عدم ثبوت

الوصية له لا مطلقًا ولو كانا حيين لكان لهما لان الحمل مجموعهما فيكون كلام الموصي لا يعمهما

فلا يتفاوت الحال بموت احدهما لان من وصي لحي ومن ظن حيوته فيتبين موته لا ينصرف الحصة الي

الحي الباقي قطعًا فكذا هنا والفرق بين الوصية والارث ظاهر فان الارث للقريب اخذ

او تعدد هذا اظهر وكذا لو وصي لاحد هذين وجوزنا الوصية المبهمة ومات احدهما قبل البيان

اي وكذا الحكم فيما لو وصي لاحد هذين وجوزنا الوصية المبهمة ومات احدهما قبل البيان فانه

يحتمل فيها استحقاق الباقي الجميع والنصف نظرًا الي ان الميت كالمعدوم فتكون الوصية للآخر كما

للحي والميت او الي التردد في ان الحي يستحق الجميع لكونه الموصى له او لا يستحق شيئًا لكونه الموصى له غيره ويحكم

بالنصف وفي هذا نظر لان الوصية لاحد هذين على طريق الابهام لا على معنى ايهما كان يجب ان تكون

باطلة لان المبهم في نفسه يمتنع وجوده والعلم به فيمتنع الوصية له وما ذكره من انه لو مات احدهما

قبل البيان يشعر بان الابهام انما هو عند السامع لا عند الموصي وحينئذ فلا يجري الاحتمالات لان استحقاق

الباقي الجميع او النصف بل يجب ان يقال ان امكن البيان من الموصي او من يقوم مقامه فلا بحث وان تعذر

امكن القول بالقسمة والبطلان والشارح الفاضل بني المسئلة على ان البيان هل هو كاشف عن كون

المعين موصى له او مثبت في حصول هذا الوصف له فعلي الاول يقوم وارثه مقامه ويكفي كونه ابن

وعلي الثاني يأتي هذان الاحتمالان لان فعل هذا اذا قلنا بالنصف للحي يبطل النصف الآخر وهو الا

عندي هذا كلام ومحصله يرجع الي انه يجوز انشاء الوصية لاحدهما لا علي قصد ايهما كان ولا علي قصد

واحد مبهم بل كما يطلق واحد من نسائه من دون قصد بعينه ولا علي قصد وصفها بالابهام

ثم ينشئ التعيين بعد ذلك علي احد القولين في الطلاق وسيأتي بيانه ان شاء الله تع وبالجملة

الطلاق لا يقع علي هذا الوجه بل لا بد من تعيين المطلقة علي الاصح ويناسبه القول هنا بعدم

صحة الوصية لاحد هذين علي الوجه المذكور اذ لا يعقل استحقاق غير المعين لا علي جهة كونه معرفًا

وليس هذا كما لو اوصى لاحد هذين ايهما كان لان كلاً منهما مورد متعلق الوصية متواطئ وهو المنوي
الصادق على كل منهما ومع ذلك فالبناء الذي ذكره لا يستقيم فانه على التقدير الثاني وهو كون البنات
سبباً فحصول هذا الوصف له لا وجه له لان الاستحقاق الباقي النصف خاص بل يجب منه على هذا التقدير
ان يستحق الجميع لوجود سبب استحقاقه   وهو كل مقصود يقبل النقل احترز بالمقصود عما لا يقصد

المطلب الرابع في الموصى به

في العادة لحقارته كفضلات الانسان او لكونه جنسه لا يملك ولا يعد مالاً واحترز بكونه قابلاً للنقل
عن نحو الوقف وام الولد فلا تصح الوصية بشيء من ذلك ولا يخفى ان قوله بعد ويشترط ... يقتضي ان
يكون ما عرف به الموصى به ضابطاً   ويشترط ان يكون موجوداً مختصاً بالموصي منتفعاً به غير زائد على
الثلث الا مع اجازة الوارث ولا يشترط كونه معلوماً ولا مالاً ولا معيناً ولا مقدوراً على تسليمه احترز
بالموجود عما ليس بموجود بالفعل ولا بالقوة حال الوصية لانه قد فسر الموجود بقوله ولا يعني بالوجود
كونه موجوداً بالفعل حال الوصية بل ما يمكن وجوده فيكون الاحتراز به عما يمتنع وجوده ولو عادة الا انه
يلزم ان تصح الوصية بما لا يمكن ان يحصل للموصي عكس وقد احتمل في التذكرة اذا قدر تملكه اياه
واحتمل في الموصى له الصحة مع الاجازة وجزم هنا بعدم الصحة فيما بعد ولعله اراد اذا لم يقيد بتملكه
اياه فلا يتم ما فاه   ولو اوصى بما تحمله الجارية او الدابة او بالثمرة المتجددة في العام المقبل او باكثر
سكنى السنة المستقبلة صح لانها في قوة الموجود   نظراً الى العادة بل ينبغي ان يقال لو اوصى بما يتجدد
له تملكه ولو على وجه الندرة كما يتجدد له بشراء او هبة او ارث ونحو ذلك صح لان وجود ذلك ممكن
وقد قررنا ان الشرط امكان وجوده   ولو اوصى بالمنافع صحت وان لم يكن مالاً لمساواتها الاموال في الانتفاع م
قد جزم هنا بان المنافع ليست مالاً وذكر في احكام الفلس اشكالاً في عدها اموالاً فيكون
جزماً بعد التردد ولعله تسامح في الجزم هنا اذ لا يترتب على كونها اموالاً او عدمه هنا شيء من
الاحكام المختلف في هذا الباب وعلى كل حال فالاصح انها اموال لانها تقابل بالمال وتجعل عوضاً
عنه ولو اوصى بالخمر المحترمة او بالمدات التي تجبر ونحو ذلك صحت لان المالية غير مشروطة
اذ لا معاوضة هنا   ولو اوصى بالمجهول او الآبق او بالمغصوب صح لا فرق في صحة الوصية بالمجهول
بين ان يتوغل في الابهام كان يقول اعطوه شيئاً او حظاً او قسطاً او نصيباً او جزءاً او سهماً او
قليلاً او كثيراً الى غير ذلك لان الله تعالى اعطانا ثلث اموالنا في آخر اعمارنا وقد يشتبه علينا قدر الثلث
اما لكثرة المال وغيبته فدعت الحاجة الى تجويز الوصية بالمجهول وكذا لا فرق في صحة الوصية
بالآبق والمغصوب بين كون الوصية للغاصب ومن يقدر على تحصيلهما ولغيره لان التصرف

ليس شرطا في الصحة ولانه تصح الوصية بالمعدوم فبالموجود الذي لا يقدر عليه اولى وكذا الطير
المنقلب في الهواء ومخوف تالية التذكية ولا نعلم فيه خلافاً ولو اوصى بالمال المرهون يصح لعدم
الاختصاص لانه لو قيد الوصية بتملكه اياه لكانت مقيدة بحال الاختصاص ولو اوصى بالمشترك
صح في نصيبه لاختصاصه به لا فرق في ذلك بين ان يوصي بجميع المشترك او بقدر نصيبه فانه
انما تصح في نصيبه بخلاف البيع فانه لو باع الجميع وقف ملك الغير على الاجازة ولو باع قدر نصيبه
ففي انصرافه الى ما يملكه وجهان اصحهما انصرافه اليه وقد سبق والفرق تأتي الاجازة في بيع الفضولي
دون الوصية الا على احتمال مدروس ولو دبر العبد المشترك وقدر نصيبا لكن تأتي الاجازة هنا
نظراً الى حق صاحب العتق ولو اوصى بالخمر والخنزير وكلب الهراش وطبل اللهو لم يصح لان ذلك
مال او لا ينتفع به في محلل الا الخمر للتخليل وطبل اللهو اذا قبل الزوال عن صفة المحرمة بتغيير يسير
لا يزيل الاسم او له يد رضاضه كما سيأتي ان شاء الله تع ولو اوصى بما ينتفع به في ثاني الحال كالخمر
المحترمة التي يرجى تخللها والجرو القابل لتعليم الصيد فالاقرب الجواز لان المحترمة عند المسلم
هي المتخذة للتخليل وذلك حيث تكون اذا انقلبت غير نجسة لعدم تنجسها بنجاسة عارضة كذا قيل
ويشكل بان تنجسها لا يمنع الانتفاع بها بعد الانقلاب بالادوية والشرب في محل الضرورة لجواز
شرب المتنجس عند الضرورة وفي تجويز الطلاء والتسوق احتياطاً خصوصاً على القول بان المائع يقبل
التطهير ووجه القرب ان كلا منهما قابل للانتفاع به ولمصيره متمولا فانه جازت الوصية بها لانه يكفي
بصحة الوصية كون الشيء مالا بالقوة ويحتمل العدم لان الوصية تمليك وهو ممتنع هنا وليس بشيء
بل هو ممكن باعتبار التجدد والكبير القابل للتعليم كالجرو في ذلك ولعله ذكر الجرو نظراً الى
انه قبول التعليم وكذا لو اوصى بالزبل والمجهول كاحد العبدين او بالقسط او النصيب اي وكذا
لو اوصى بالزبل والماء به الطاهر لان عين نجاسته لا بعد فجوازه لان المراد عنه قادح هنا بخلاف
الوصية لاحد الشخصين على جهة الابهام فان فيه خلافا وقد منع بعضهم منه كما في التمليكات وقد يحتمل
في الموصى به ما لا يحتمل في الموصى له وان انتقل جاز الوصية بما لا يسكون دون الوصية بما لا يسكون
وكلما ينتقل الى الوارث الا القصاص وحد القذف فانه لا يقع للموصى له وان انتقل الى الوارث
لان المقصود وهو التشفي يحصل للوارث دون الموصى له وكذا يصح لو اوصى بكل ما ينتقل الى الوارث الا ما
ذكر لانه وان انتقل الى الوارث الا انه لا يمكن مستحقه من نقله الى الغير لفوات المقصود وهو التشفي
وينبغي ان يكون كلما جرى هذا المجرى كذلك كالتعزير الثابت بالشتم وهل يصح الوصية بالحقوق

يعتد بالنفع به شرعا وبصرح في الدروس وهو مقتضى كلام الذكرى وتمثيل ذكر الوصية بالمجهول وكانه اراد هنا الجواز مع الابهام ولا

التابعة للاموال كالخيار وحق الشفعة حيث لا يبطل بالتأخير حكي العمل عن الشافعية في التذكرة
المنع لم يثبت شيء والمنع متجه اذ لاحظ للموصى له في ذلك نعم لو اوصى له بالبيع مع الخيار معاً على بعض
ان فسخ يكون الثمن له امكن الصحة لوجود الوصية بالمال والخيار تابع وفيه نفع ظاهر اما لو اوصى بحق
التحجير وبالاولوية في الارض المحجرة ونحو ذلك فان الصحة اظهر   ولو اوصى بكلب ولا كلب له لم يصح
لتعذر شرائه ان منعنا بيعه مطلقاً او الا لشيء له مما يصح بيعه المراد بقوله ان منعنا بيعه مطلقاً اي
كلب الصيد وغيره ويشكل اطلاق عدم الصحة لامكان حصوله للموصى بغير البيع وصحة الوصية دائر
مع امكان الوجود كما سبق فان تعذر بطلت اما اذا جوزنا الشراء وهو الاصح فان الوارث يتخير في شراء
الكلاب الاربعة شاء   وعلى الاول لو كان له كلاب ولا مال له فوجه اعتباره من الثلث تقدير القيمة
لها ويحتمل التقدير بتقويم المنفعة واعتبار العدد   اي على المنع من بيع الكلب مطلقاً لو كان الموصى
كلاب ولا مال له فوجه اعتباره من الثلث تقدير القيمة لها ويحتمل التقدير بتقويم المنفعة واعتبار العدد
اي على المنع من بيع الكلب مطلقاً لو كان الموصي كلاب ولا مال له سواها ففي اعتباره من الثلث طرق
الاول تقدير القيمة لها بان نفرض كونها مما يباع وينظر كل واحد منها كم يساوي على ذلك التقدير
ووجهه انه الطريق الى التقويم وما لا قيمة له مع وجود منفعة معتبرة شرعاً كتقدير الحر عبداً عند الحاكم كالارش
الجناية الذي لا مقدر له شرعاً لا يمكن التوصل اليه الا بذلك الثاني التقدير للقيمة بتقويم المنفعة
لان المقصود من العين الانتفاع بها ولذلك تقل القيمة بقلة المنفعة وتكثر بكثرتها وهي مناط صحة
الوصية حتى ان ما لا منفعة فيه لا تصح الوصية به ووجه الثالث اعتبار العدد لان المرجع عند الا   ستوى
ما لم يكن لها قيمة كانت سواء واقربها الاول لان المنفعة كما انها مقصودة فكذا خصوصية الذات
لظهور اختلافها وتفاوت الاغراض باختلافها فتنتقض ذوات قيمة ثم ينظر في ذواتها وصفاتها وما
يقابل كل واحد منها باعتبار ذاته وصفاته من القيمة ثم يخرج الثلث   ويتعين الاول لان لو اوصى
دفعاً لكلب وطبل اللهو وزق الخمر باحدها ولا مال له سواها ولو كان له سواه نفذت الوصية ولو
قيل لانه جزء من منفعة الطبل الذي لا قيمة له هاتان مسألتان متفرعتان على القول بمنع الكلب مطلقاً
الاولى لو كان له كلب وطبل لا منفعة له في غير المحرم ولا قيمة لرضاضه وزق خمر محترمة يجوز
اقتناؤها فاوصى باحدها فطريق اعتبار الثلث هنا العدد ليس الا لامتناع التقويم والثانية في
الطبل والخمر المذكورين اذ لا منفعة محللة لهما ولا يقابل احدهما بالتعدد الا ولان اعتبر تقدير
القيمة لها وتقديمها باعتبار المنفعة بخلاف الكلب لامكان تقدير القيمة لحسبان الشارع حصوله

ديه نوى فحكم المال لكن لقايل ان يقول ان طبل اللهو المذكور لا يجوز اقتناؤه ويجب اتلافه فكيف
يعتبر كونه ثلثا باعتبار العدد ويلزم منه اعتبار اعتبار الجزو وانه لم تكن محترمة مع ان المص في التذكرة قيد
بكونها محترمة وكذا الشارح وله وايضا فانه لو اوصى بالطبل المذكور لم تصح الوصية به فكيف يعد ثلثا
قيل انما عد ثلثا باعتبار رضاضه لانه وان لم يكن له فيه نفع مملوك قلنا هذا ينافي عدم جواز الوصية
فانه لو اعتبر رضاضه لزم جواز الوصية به الا ان يقال ان عدم جواز الوصية به لم يكن من حيث انه غير
مملوك بل لان نفعه منحصر في الجهة المحرمة واخراجه عن كونه آلة لهو يحتاج الى تغيير كثير وحينئذ فيحتاج
المص قيب الثانية لو كان له مال سوى الكلب وان قل صحت الوصية بالكلب لان المال القليل خير من
ضعف الكلب لانه على ذلك التقدير لا يعد مالا ولا قيمة له وشرط نفوذ الوصية ان يبقى للورثة
من التركة ضعفها وللشافعية وجه ان الوصية تنفذ في ثلث الكلب لانه ليس من جنس الاموال فيقدر هذه م
كانه لا مال له كما ان وصيته بالمال في الصورة يعتبر من ثلثه وبعد ذلك كانه لا كلب له ووجه آخر انه تقوم الكلب
او منفعته على احتماله في الوجهين السابقين ويضم الى المال وتنفذ الوصية في الجميع ولو اوصى
بطبل لهو بطل ان لم يقبل الاصلاح للحرب وغيره مع بقاء الاسم ولو لم يصلح الا لنبضه لم يصح لانه
الوصية لانه لا ينزل على الرضاض لاعتمادها اسم الطبل لفظة الطبل تقع على طبل الحرب الذي يضرب
به للتهويل وعلى طبل الحجيج والقوافل الذي يضرب لاعلام النزول والارتحال وعلى طبل العطار بين م
وهو سقط لهم وعلى طبل اللهو وقد فسر بالكوبة التي يضرب بها المخنثون ووسطها ضيق وطرفها
واسعان وهي من الملاهي قال المص في التذكرة ولعل التمثيل بما ذكر للتقريب اذا عرفت ذلك
فاعلم ان الطبل الذي الغرض المقصود منه امر محلل كطبل الحرب الذي ليس المراد منه اللهو
بل التهويل في قلوب الاعادي يجوز اقتناؤه فان بعض المحرمات قد ابيحت في الحرب كلبس الحرير فما
لم تكن غايته محرمة وليس في حد ذاته معصية بطريق اولى فلو اوصى بطبل الحرب صحت الوصية
نقل فيه المص في التذكرة الاجماع قال وكذا باقي الطبول الا طبل اللهو ولو صلح الطبل للهو وغيره
من الامور المحللة صحت الوصية لوجود المنفعة المحللة ولو لم يصلح الا للهو فان امكن اصلاحه للحرب
ونحوه بتغيير يسير يبقى معه اسم الطبل صحت الوصية به ايضا خلافا لبعض العامة لانه يمكن
الانتفاع بها انتفاعا محللا مع بقاء الاسم مع تغيير يسير فاشبه ما لو اوصى له بعبد مريض لا
ينتفع به على حالته تلك بخلاف ما لو لم يكن الانتفاع به الا بتغيير عن صفته بحيث يخرج عن الاسم
فان الوصية به لا تصح لاعتمادها اسم الطبل وهو محرم ولا يحمل على ما لا يتناوله اللفظ من الرضاض

واختار في التذكرة الصحة وينزل على الوصية بالرضاض وان لم يكن نفيساً كالمتخذ من الخشب والقول اولى
لان معظم الغرض من هذا الطبل والغاية العظمى المقصودة منه محرمة ولا ينزل اطلاق الوصية
به على ما لا يقصد منه غالباً ولا ينتقل الذهن اليه وهو الرضاض لعدم تمحضه للقطع ولا قصد
من تلك الالة ولنعلم ان رضاضها لشيء بعض الرأي هو فتاته   ولو كان الرضاض من ذهب او عود كان
هو المقصود فتنزل الوصية عليه فكأنه اوصى برضاضه   لما كان بين الطبل المتخذ من النفيس والخسيس
فرق لان الاول يقصد منه اللهو المحرم ويقصد رضاضه لنفاسته بل يقصد رضاضه اولى من قصد
منفعته المحرمة واكثر علاه ان المتخذ من الخسيس فرق بينهما في الحكم فصحت الوصية بالنفيس ونزلت
اطلاقها على الغرض الصحيح بخلاف الخسيس ولم يفرق بعض العامة بينهما في البطلان   ولو
اوصى برضاضه صحت لانه قال لكسر الطبل ويعطى رضاضه   اما لو اوصى برضاض الخسيس صحت
لان الوصية بالنفيس تنصرف صحتها تنزيلاً على الرضاض فاذا صرح بالرضاض كان اولى ويمكن
ان ادعى معاً العدم سبق ذلك وكيف كان فلا كلام في الصحة هنا   ويشترط ان لا يكون الموصى
به زائداً على ثلث التركة عند الموت انما قيد بقوله عند الموت لانه الوقت الذي تنتقل فيه التركة
الى الوارث فربما كان في وقت الوصية اقل ثم صار اكثر بتلف بعض التركة قبل الموت وربما العكس
الحال بتجدد مال بكسب وارث او قبول وصية ونحو ذلك ويرد عليه انه ربما تلف بعض التركة بعد
الموت وقبل قبض الوارث اياها فلا يحسب ذلك على الورثة ويصير الثلث اقل وربما تجدد بعد الموت
دية نفس او طرف بصلح ونحوه فيصير اكثر فلا يستقيم التقييد بقوله عند الموت بل يقيد بوقت
قبض الوارث التركة او اخذ دية النفس والطرف وبقبول الوصية للورثة اذا مات بعد موت الموصي
دية نفس او طرف بصلح ونحوه فيصير اكثر فلا يستقيم التقييد بقوله عند الموت بل يقيد بوقت
قبض الوارث الاول بناءً على ان القبول كاشف وما جرى هذا المجرى   ويستحب التقليل فالربع
افضل من الثلث والخمس افضل من الربع وهكذا ظاهر العبارة ان التقليل مطلقاً افضل وليس
في النصوص ما يشهد له على اطلاقه روى عمر بن قيس بن عاصم في الحسن عن الباقر عليه السلام
قال امير المؤمنين عليه السلام يقول اوصي بخمس مالي احب الي من ان اوصي بالربع ولان اوصي بالربع
احب الي من ان اوصي بالثلث ومن اوصى بالثلث فلم يترك وقد بالغ وغير ذلك من الاخبار وغاية
ما ذكر المص في التذكرة انه قال ولا يبعد عندي التقدير بانه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى
الورثة لا يستحب الوصية لان النبي صلعم علل المنع من الوصية بقوله ان تترك ورثتك اغنياء

خير من ان تدعهم عالة ولان اعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الاجنبي فمتى لم يبلغ الميراث
غناهم كان تركه لهم افضل فيكون ذلك افضل من الوصية لغيرهم ويختلف الحال باختلاف الورثة
وكثرتهم وقلتهم وغناهم وحاجتهم ولا تتقدر بقدر من المال هذا كلامه وهو حسن الا انه لا
ينفي استحباب التقليل مطلقا   ولو اوصى بازيد من الثلث فان اجاز الورثة صحت وان
منعوا بطلت وان اجاز بعض الورثة نفذت الاجازة في قدر حصته من الزيادة ولو اجازوا
بعض الزائد صح خاصة لما علم ان الوصية انما تنفذ اذا كانت ثلثا فادون بنفسها ولو اوصى
بازيد من الثلث نفذت في الثلث ووقف الباقي على الاجازة اعطاء لكل منهما حكمه فان اجاز
الورثة صحت وان منعوا بطلت الزيادة لا اصل الوصية كما لا يخفى وهو ظاهر ولو اجاز
بعض الورثة دون بعض اثرت الاجازة في نصيبه من الزيادة اذ لا اثر للاجازة في قدر
الثلث ولو اجاز جميع الورثة اجازة الوصية في بعض الزيادة كنصفها او ثلثها لم ينفذ الا ذلك
القدر دون ما سواه   ولو اوصى ببيع تركته بثمن المثل ففي اشتراط الاجازة اشكال منشأ
الاشكال معلوم مما سبق ومنه يعلم الراجح من الطرفين   والاجازة تنفيذ لفعل الموصي لا
ابتداء عطية فلا يفتقر الى قبض ويكفي اجزت او انفذت وشبهه ولو اعتق عبدا لا مال له سواه
او اوصى بعتقه واجاز الورثة فالولاء كله للمعتق دون عصبة الوارث ذكر ان الاجازة تنفيذ
او امضاء لتصرف الموصي او ابتداء عطية من الورثة وجهان المختار عندنا الاول لان الملك باق
على المريض لم يخرج عنه بمرضه فيصح تصرفه فيه لمصادفته الملك وحق الوارث انما يثبت في ثاني الحال
فاشبه بيع الشقص المشفوع وايضا فان الوارث ليس بمالك وثبوت حق له لا يقتضي كونه مالكا
لان الحق اعم من الملك فتصرف الموصي في ملكه واجازة الوارث في معنى اسقاط الحق وايضا فان
المريض لو برأ من مرضه نفذت تصرفاته المنجزة بناء على انها كالوصية ولم يفتقر الى الاستيناف
والثاني ان الاجازة ابتداء عطية من الورثة وتصرف الموصي في الزائد على الثلث لاغ لانه منهي عنه
والنهي يقتضي الفساد ولان الزيادة حق الورثة فيلغو تصرف الموصي فيها وضعفه ظاهر لانا لا
نسلم ان مجرد التلفظ بالوصية منهي عنه ولا نسلم ان النهي هنا يقتضي الفساد ولو سلم فانما يقتضيه
لو لم يجز الوارث ولا نسلم ان الزيادة حق الورثة بل هي ملك الموصي غاية ما في الباب ان حقهم
قد تعلق بها ومع الاجازة يسقط كاجازة المرتهن تصرف الراهن ويتفرع الخ على ذلك تعين
عدم افتقار الاجازة الى قبض من الموصى له على الاول وكذا الاجازة الى تجديد هبة وقبول

بل يكفي اجزته او انفذته او امضيته وما افاد هذا المعنى وليس للمجيز الرجوع وان لم يحصل القبض
بل وان لم يحصل القبول بعد لان الاجازة لما كانت تنفيذاً لم يبق لهما خيرة وعلى القول الثاني يفتقر
الى قبول آخر في المجلس وقبض وللمجيز الرجوع قبله وبه صرح جمع من العامة ت لو اعتق عبداً لا مال
له سواه او اوصى بعتقه فلا بد من اجازة الورثة لان المنجز في المرض كالوصية فان اجاز الورثة فالولاء
كله للموصي فيكون لعصبته على الجميع لا الورثة هذا على الاول وعلى الثاني فانما له على الثلث ويكون
ولاء الثلثين للمجيزين ذكورهم واناثهم بحسب استحقاقهم لانهم باشروا بالاعتاق واحتمل بعض الشافعية
كون الولاء للموصي على القولين لان اجازتهم على تقدير كونها ابتداء عطية لا عتاقهم عن الميت
باذنه ذلك ولا ينافي ثبوت الولاء للاذن وعلى القول الثاني فقد ذهب بعضهم الى انه لا
بد في اجازة العتق من الاتيان بلفظه ولا فرق بين ان يكون الموصي مريضاً او صحيحاً ى
لا فرق في افتقار الوصية بالزائد على الثلث الى الاجازة بين ان يكون الموصي مريضاً او صحيحاً
لان الوصية تمليك بعد الموت فلا يختلف المال بالصحة والمرض بخلاف التصرف المنجز وتنفذ
الاجازة ان وقعت بعد الموت وفي نفوذها قبله قولان اطبق الاصحاب على ان اجازة من
الوارث لو وقعت بعد الموت كانت معتبرة واختلفوا في اعتبارها لو وقعت قبل الموت فاعتبرها
الاكثر كالشيخ وابن الجنيد وابن بابويه وابن حمزة والمحقق بن سعيد والعلامة في المختلف والتذكرة
وذهب المفيد وسلار وابن ادريس الى عدم اعتبارها والاصح الاول لنا عموم قوله تع فمن بدله
بعد ما سمعه وقوله تع من بعد وصية يوصي بها او دين حيث لا دليل فيبقى الباقي على الاصل وايضاً فان
الرد حق الورثة ورضاهم مسقط له بدليل ان الحق ثابت والا لم يمنع الموصي من الزائد فان قيل
لم يملكوا شيئاً بعد قلنا لا يلزم من عدم الملك عدم الحق اصلاً وايضاً فانه لو لم يكن لهم حق لانحصر الحق
له في الموصي وهو باطل ويمنع ثبوته ثم مسلطون على اسقاط اكثر الحقوق وقد روى منصور
بن حازم في الصحيح ومحمد بن مسلم في الحسن كلاهما عن الصادق ع في رجل اوصى بوصية وورثته شهود
فاجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم ان يردوا ما اقروا به في حياته قال ليس لهم
ذلك الوصية جائزة عليهم اذا اقروا بها في حياته واحتج الشيخ على ذلك باجماعنا احتج الآخرون بانها
اجازة فيما لا يستحقونه بعد فيجري مجرى ردهم وقد اجاب العلامة بانه لولا تعلق حق الوارث لم
يمنع المريض والفرق بين الاجازة والرد ظاهر فان الرد انما لم يعتبر حال حياة الموصي لان
استمرار الوصية يجري مجرى تجددها حالاً فحالاً بخلاف الاجازة فان الدوام بركتها والحاصل

ان الرد لما لم يكن ما نعاً من انشاء الوصية لم يكن معتبراً بخلاف الاجازة فانها اسقاط الحق وقد
ثبت ودليل الثبوت ما سبق ولا يتوقف الثبوت على حصول الملك اذا عرفت ذلك فاعلم ان
المفهوم من عبارة الاكثر ومن استدلالهم ان هذا الحكم انما هو فيما اذا اجاز الوارث وصية
المريض وما في حكمها اما وصية الصحيح فمقتضى قولهم ان للوارث بالاجازة اسقط حقه ان اجازته
ح لا تؤثر اذ لا حق له والمص في التحرير عمم الحكم في الاجازة الوصية حال المرض والصحة وعموم الدليل
الحاصل من ترك الاستفصال يتناوله وكلامنا محتمل لهما لكن التعميم لا يخلو من اشكال ولا
نقح الاجازة اللازمة من المتصرف فلا تنفذ اجازة الصبي والمجنون والسفيه وتقح من المفلس اما
عدم صحة الاجازة من الصبي والمجنون والسفيه فظاهر لان الاجازة تنفيذ للتصرف في المال
وفي حكم التصرف في المال وهو ممتنع ممن ذكروا ما صحتها من المفلس فبناها المص في التذكرة على
انها تنفيذ حتى لو قلنا بانها ابتداء عطية لم يصح لانه ليس له هبة مال وهذا يتم في الاجازة
بعد الموت واما في حال المرض فلا لان المفلس لم يملك شيئاً حينئذ فلم يتعلق حقوق الغرماء بمتعلق
الاجازة لحجر عليه في ذلك اذ لا يحجر عليه الا في الاموال التي تعلقت بها حقوق الغرماء على
ان لقائل ان يقول ان الاجازة بعد الموت ايضاً يجب ان يكون نافذة اذا قلنا بان قبول الوصية
كاشف عن ملك الموصى له بالموت لان الاجازة والقبول على هذا التقدير يكشفان عن ان المنذر
لم يملك الموصى به فلم يتعلق به حقوق الغرماء اما على القول بان القبول جزء السبب فيتم ما ذكره
اذا وقعت الاجازة بعد الموت لان الوارث قد تملكه ح ويشكل هذا ايضاً بان ذلك يقتضي
تصرف المفلس في المال الذي تعلقت به حقوق الغرماء فلا يتم ما ذكره بحال واعلم ان المعتبر
الوارث عند الموت لا عند الوصية فلو كان له اخ فاجاز ثم تجدد له ابن لا امتداد المرض فالمعتبر
اجازة الابن ويعتبر الثلث وقت الوفاة لا الوصية سواء كانت الوصية بمعين او بجزء مشاع
او لا قد بينا فيما تقدم ان الثلث يعتبر الموت اذ قد يتجدد مال الميت بعد الموت كالدية
اذا ثبت صلحاً وقد يتجدد تلف بعض التركة قبل قبض الوارث وكان المص انما اعتبر ذلك في مقابل
وقت الوصية لا مطلقاً فكأنه قال لا يعتبر وقت الوصية ولا فرق في ذلك بين ان تكون الوصية بمعين
كعبد او بجزء مشاع كربع او لا كمائة درهم واعلم ان هذا يتم فيما اذا اوصى بقدر معلوم
اما اذا اوصى بثلث تركته وكان في وقت الوصية والمتجدد نظر ظاهر من تنافي دلالة قرائن
الاحوال على ان الموصي لم يرد ثلث المتجدد حيث لا يكون تجدده متوقعاً فيترتب الاشكال

نخ م

فيما اوصى لاقرب الناس وله ابن وابن ابن فمات الابن فان استحقاق ابن الابن لها لا يخلو من تردد
فلو اوصى الغني ثم افتقر ثم استغنى فالحكم بحال الموت هنا واضح اذا كان الموصى به معينا
كدار ونحوها او عشرة او مائة درهم اما ثلث التركة مثلا ففي الحكم اشكال في الوقت الثاني بينها
مما سبق ما ماعداه فان تنفيذ الوصية بحسب الممكن واجب ولو قتل خطاء او استحق ارشا اخذ
الوصية من ثلث تركته وثلث ديته وارشه وكذا العمد اذا رضوا بالدية للاطلاق على ان ذلك محسوب
من التركة والوصية تتعلق بمجموعها والامر في غير العمد واضح اما العمد فقد يتوقف فيه من حيث تجدد
ثبوته بعد الموت ويندفع بانه عوض القصاص الذي هو موروث عن المجني عليه وعوض الموروث موروث
ولو اوصى بالمضاربة بتركته على ان نصف الربح للوارث صح هذا قول الشيخ في النهاية
وجمع من الاصحاب واختاره المص هنا وفي التذكرة واطلاقهم يتناول الوارث الصغير والبالغ و
بعد ما اذا كانت حصة الموصى له من الربح بقدر اجرة المثل لعمله في المال او ازيد عليها بل صرح
المص في التذكرة في هذا الكتاب والتذكرة بان الزايد من الحصة عن اجرته يحسب من الثلث وقد
روى خالد بن بكر الطويل قال دعاني ابي حين حضرته الوفاة فقال يا بني اقبض مال اخوتك الصغار
واعمل به وخذ نصف الربح واعطهم النصف وليس عليك ضمان الى ان قال فدخلت على ابي عبد الله
ع فاقتصصت عليه قصتي فقال لي اما فيما بينك وبين الله فليس عليك ضمان وعن محمد بن مسلم
عن ابي عبد الله عليه السلام انه سئل عن رجل اوصى الى رجل بولده وبمال لهم واذن له عند الوصية
ان يعمل بالمال ويكون الربح بينه وبينهم فقال لا باس به من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي
وهاتان الروايتان تعمان ما اذا كان الربح بقدر اجرة المثل وما اذا كان زايدا عليها بقدر الثلث
او اكثر من حيث انه مع ترك الاستفصال فيه حكاية الحال وهو دليل العموم عند جمع من الاصوليين
ويؤيده ما ذكره المص من ان المقيد بالثلث هو تفويت بعض التركة وليس حاصلا هنا لان شتاد م
الربح ح فان قيل عدم وجود الربح ح لا يحصل تفويته فانه لو اوصى بالحمل دابته المعينة
لكان ذلك محسوبا من الثلث مع انتفائه ح قلنا الفرق بين الربح والحمل ثابت فان الحمل نماء
الملك وهو متوقع وجوده بخلاف الربح فانه اثر سعي العامل وتجارته وليس هو نماء الملك
بل السلعة التي تشترى بمال التركة وليست من التركة فلا يكون الربح شيئا من اموال الميت لا
زمن حياته ولا بعده مع انه انما يحدث على ملك العامل والوارث في اول الامر فلا يملكه العامل ليس
للوارث ولا للموصي فيه حق فان قيل ان السلعة المقابلة بمال التركة تحسب من التركة لانها

انما تترتب بعين المال على مقتضى وضع المضاربة فيكون ملكاً للوارث فيكون نماؤها له قلنا
انما يدخل في ملكه على تقدير صحة المضاربة اذ لولاها لم يكن الشرط نافذاً ومتى صحت المضاربة
كانت الحصة من الربح ملكاً للعامل والحاصل انه لولا صحة المضاربة لادى فسادها الى عدم الفساد
بل انه ان فسادها على تقدير ثبوته انما يكون لتفويت ما زاد على الثلث من التركة تبرعاً وذلك انما
يكون على تقدير ان تكون الحصة ان يبعد اجرة المثل زيادة على الثلث وانما يكون ذلك مزيداً
مال التركة وانما يكون ذلك مزيداً مال التركة اذا صحت المضاربة ليكون الشرط نافذاً فاذا
فسدت المضاربة لم ينفذ الشرط فلم يتحقق الربح فانتفى التبرع فاذا دخل على الثلث فانتفى المقتضي
للفساد فوجب الحكم بالصحة ومتى ادى فرض الفساد الى عدمه كان فرضه محالاً وقال ابن ادريس
ان الوصية لا تنفذ الا في ثلث المال قبل موته والربح تجدد بعد موته فكيف تنفذ وصيته وقوله
فيه ولا تحصل لذلك لان الوصية بما يحمل الدابة وبالمنافع المتجددة جائز نعم قد يقال ان منع الوارث
من اعيان التركة القابلة للمضاربة وتنفيذ الوصية بالمضاربة انما على الثلث يقتضي الحجر على
المضاربة بتعطيلها بحصة تكون من الربح هي سهم الوارث [illegible] في حكم منع
الوارث من التركة اصلاً وهو يقتضي البطلان فالحاصل ان الصحة تقتضي بعضي الى محال وذلك يقتضيه
بطلان المدعوم وقد ذهب بعض المتأخرين الى ان المحاباة في الحصة من الربح بالنسبة الى اجرة
المثل محسوبة من الثلث وقد عرفت فساده بما ذكرناه من ان الربح ليس من مال الموصي ولا نافذ
ولو اعتبرت منفعة المال الذي وقعت المضاربة به مدة المضاربة ونسب ذلك الى اجرة المثل امكن
لو كان له منفعة متقومة فان النقد ليس له منفعة متقومة ويمكن اعتبار فرض كونه منفعة متقومة
ثم اعتبار المحاباة على تقدير وقوعها من الثلث وقد تردد المصنف في هذه المسألة في التحرير
وهو موضع التردد ولو اوصى بواجب وغيره بدئ بالواجب من صلب المال والباقي من الثلث
ان لم يجز الوارث وبدئ بالاول فالاول مع القصور انما يتم كون الواجب من صلب المال اذا
كان متعلقاً بالمال الحيوي كالحج ونذر المال والكفارات وسائر الحقوق المالية كالزكوة والخمس لا كون
الصلوة والصوم وقد قيل ان الصلوة من صلب المال وهو ضعيف اذ لا تعلق لها بالمال في حال
الحيوة ولم ينص الشارع على وجوب الاستيجار لها بعد الموت وهل يجب على المريض الوصية بها
وتعيين مال لها من الثلث فيه وجهان وايجاب ذلك ليس ببعيد لان فيه توصلاً الى الاتيان
بالواجب مع احتمال العدم لان الواجب فعله بنفسه او بولية لانتفاء الدليل على ما سوى ذلك

نعم يجب اعلام بذلك ليتاهب لقضائها ويتيقن قول الربعين في وجوب القضاء على الولي على الظاهر
اذا عرفت ذلك فاعلم الواجب الذي يكون من صلب المال انما يكون من الثلث وتوقف الثلث عليه
لان هذا الواجب لا يختلف الحال فيه وجوبا عن واجب بالوصية به وعدمها وحينئذ فلو ضاق الثلث
عنها سواه ولم يجز الوارث بدئ بالاول ثم الذي يليه ان كان قد اوصى بامرين وبطل ما تاخر
مما ضاق عنه الثلث ولو حصر الجميع في الثلث بدئ بالواجب الاصلي فان فضل من الثلث شيء ولم يف بالكل
اعتبر الترتيب في الوصية وعدمه ومن هنا يعلم ان الواجب الذي لا يتعلق بالمال لا فرق بينه وبين
سائر الوصايا التي ليست بواجبة ومعاقبتها بخلوه عنه قولا ولو كان الجميع غير واجب بدئ بالاول
حتى يستوفي الثلث ويبطل الزائد ان لم يجز الوارث وهذا انما يكون اذا اتى بالوصية مرتبة اما باداة
الترتيب او في الذكر فقط ولو عدد اشياء ثم اوصى بمجموعها دخل النقص على الجميع ولو اشتبه الواقع
واعلم ان المراد بالاول في قوله بدئ بالاول فالاول الموصى به اولا سواء كان متعاطف الوصايا
المتعددة باداة تقتضي الترتيب كثم او لا كالواو وكقوله حجوا عني وصلوا عني وذلك لصادرة
اولا نافذة قطعا لصدورها من اهلها في محلها بلا معارض فالصادر بعد ذلك بحيث لا يسعه الثلث
ولا سبيل الى الحكم بالتوزيع مع السبق هنا لاستلزامه تبديل الوصية النافذة فان قيل الحكم انما
يتحقق عند تمام الكلام والمعترض في حكمه قلنا اذا وقع التشريك بان قال اعطوا كذا لزيد وعمرو
واعطوا زيدا وعمرا كذا فلا شك في التوزيع اما اذا قال اعطوا زيدا كذا واعطوا عمرا كذا فان كلا
منهما وصية براسها فاذا صادفت الاولى محل النفوذ نفذت ولم يجز تغييرها بعضها الطارئ وصية اخرى
عليها كالرابع شيئا اذ يدفعه لعمرو   ولو اوصى لزيد بثلث ولعمرو بربع ولخالد بسدس ولم
يجز الورثة صحت وصية زيد كاملة اما صحة وصية زيد فظاهر لانها الثلث واما عدم صحة وصية عمرو
وخالد فلانهما زائدتان على الثلث مع عدم الاجازة فيبطلان لا يقال ان الوصية لعمرو وخالد بعد
الوصية لزيد بالثلث تقتضي الرجوع عن الوصية لزيد لمضادتها ووجوب حمل اطلاقات الوصية على ما
يكون نافذا شرعا واقرب الاحوال مع الاشكال الذي ذكر في المسألة التي هي في الرجوع وعدمه لانا
نقول ان اختلاف الوصايا دليل على ان الموصى به ثانيا غير الموصى به اولا ولا مضادة وكذا الموصى في
ثالثا ومتى تغايرت ولم يكن بينها تضاد وجب ان يبدأ بالاول ثم ما بعده بقدر ما يسع الثلث
فانا قلنا ان الاختلاف دليل على عدم التضاد لان الربع الموصى به ثانيا لا يتبادر الى الفهم منه
الا الربع الذي هو خارج عن الثلث وكذا السدس   ولو اوصى بثلثه لزيد وبثلثه لعمرو كان رجوعا

على إشكال   أي لو قال أوصيت بثلثي لزيد ثم قال أوصيت بثلثي لعمرو ومنشأ الإشكال من أن
الإنسان لا يستحق من التصرف بعد وفاته إلا الثلث فإذا أوصى بالثلث مضافاً إليه ثم أوصى كذلك كان الموصى
ثانياً هو الموصى به أولاً فتكون الوصية الثانية رافعة للأولى وناسخة لها وهو مختار الشيخ في المبسوط
والخلاف والمختار [illegible] ومن أن كل واحدة منهما وصية يجب تنفيذها ولا يمكن تنفيذها إلا مع
عدم الزيادة على الثلث ولا دلالة للفظ على أن الموصى به ثانياً هو الموصى به أولاً ولا على أن
الرجوع بشيء من الدلالات والإضافة لا تقتضي ذلك لأنه ما دام حياً يجيء التكرر على ملكه وإنما
تخرج عنه بعد الموت ويلوح من قول المص ولو أوصى بثلثه صح أنه لو أوصى بثلث لزيد وثلث
لعمرو لا يكون رجوعاً إذ ليس في اللفظ ما يدل على تمام الموصى به بوجه من الوجوه وليس كذلك بل فيه إشكال
لأن الأصل في الوصية أن تكون نافذة فيجب حملها عليه كما يجب على ما يقتضي النفوذ بحسب الإمكان
وإنما تكون الثانية نافذة إذا كان متعلقها هو الثلث الذي يجوز له نقض الوصية به فيجب حملها عليه كما
يجب حمل إطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه حملاً للبيع على معناه الحقيقي وح فيتحقق أن
تكون الثانية رافعة للأولى فإن قيل كما أن الأصل في الوصية الثانية النفوذ كذلك الأصل في
الوصية الأولى الاستمرار فلا أولوية لنفوذ الثانية المقتضي للتضاد على استمرار الأولى المقتضي لعدمه
قلنا بل الأولوية ثابتة فإن أصالة النفوذ يقتضي كون الوصية الثانية سبباً في رفع الأولى
وح فلا يبقى استصحاب وذهب المص في المختلف إلى أنه إن وجدت قرينة تدل على مغايرة الوصية الثانية
للأولى لم تكن الثانية ناسخة للأولى بل يبدأ بالأولى وبطلت الثانية إن ضاق الثلث عنهما وإن
وجدت قرينة تدل على الاتحاد كانت الثانية ناسخة للأولى ومع انتفاء الأمرين واشتباه الحال
فالوجه كون الثانية غير ناسخة للأولى هذا محصل قوله ولا ريب أنه مع وجود القرينة يجب العمل
بمقتضاها وبدونها فالذي يقتضيه النظر كون الثانية رجوعاً عن الأولى لوجود المقتضي وهو
توقف كون الوصية صحيحة نافذة على كونها من الثلث الذي يستحقه الشخص فيقع التضاد وانتفاء
المانع إذ ليس إلا احتمال كونها خارجة عن الثلث وهو لا يصلح للمانعية لمرجوحيته باقتضائه كون
الوصية غير نافذة ولعموم قوله تع فمن بدله بعد ما سمعه المقتضي لمنع تبديل الوصية الثانية ولا يتم
ذلك إلا بكونها من الثلث إذا عرفت ذلك فاعلم أنه يلزم على هذا أنه لو أوصى لزيد بثلث ولعمرو
بربع ولخالد بسدس وانتقضت [illegible] أن تكون الوصية الأخيرة رافعة للأولى مع أن الذي
صرح به الشيخ وغيره أن الأولى تستقيم مع عدم الإجازة وهو اعتراف بأن متعلق الأخيرة غير متعلق

الاولى ولعله استفيد من الاختلاف الحاصل بين الثلث والربع والسدس وما ذكرناه من الدليل
آت هنا الا ان مخالفة الجماعة لا تخلو من شيء ولو اوصى بثلث ثم بثلث آخر بعطى ما قلناه بكون
رجوعا وقد صرح ابن ادريس والمص بعدمه فان اشتبه الاول اقرع اي سواء قلنا انه رجوع او لا
انه كان رجوعا فالوصية هي الثانية والا فالاولى ولو اوصى بعين زايد على الثلث لاثنين ولم تجز
الورثة فلهما منه بقدر الثلث ولو رتب اعطى الاول وكان النقص على الثاني سواء اوصى لكل منهما بشيء
او اوصى لكل منهما بشيء منفرد اي لو اوصى بعين كدار لاثنين وهو زايد على الثلث ولم
تجز الورثة فلهما منه بقدر الثلث اذ كانت الوصية لهما دفعة بدليل قوله ولو رتب فيكون اطلاقه في
الاولى اعتمادا على التقييد في الثانية ولو رتب بان اوصى لزيد من ذلك العين بشيء ولعمرو بشيء بدئ
بالاول وكان النقص على الثاني لان الظاهر ان المراد تنفيذ الوصيتين ولانهما في حكم وصية واحدة
ولا فرق بين ان يوصي لكل منهما بشيء من العين مشاع كنصفها او بشيء منفرد كبيت من الدار لاحدهما
وللآخر الباقي ولو اجاز الورثة ما اوصى به من النصف ثم ادعوا ظن القلة صدقوا مع اليمين لانهم ربما بنوا في
القلة على اصالة عدم الزايد ولان دعواهم يمكن ان تكون صادقة ولا يمكن الاطلاع على ظنهم
الا من قبلهم لان الظن من الامور النفسانية فلو لم يكتف فيه باليمين لزم الضرر لتعذر اقامة البينة
على دعواهم ولو كانت الوصية بعين فادعوا ظن انه الثلث او ما زاد بيسير او ان المال كثير او انه لا دين
لم يقبل منهم ويحتمل القبول لما سبق في حكم الوصية اذا كانت بجزء مشاع واجازها الورثة وهذا حكم
ما اذا كانت الوصية بعين فاجازها ثم ادعوا ظن ان الموصى به هو ثلث التركة او زايد عليه يسيرا
او ادعوا ظن ان المال كثير وظن انه لا دين على الميت فظهر دين فلزمت زيادة الموصى به على
القدر الذي ظنوا بمقتضاه من التركة وقد اختار المص عدم القبول منهم وذكر القبول احتمالا ووجه
الاول ان الاجازة وقعت على معلوم للورثة فكانت ماضية عليهم بخلاف الوصية بجزء المشاع
من التركة فان العلم بمقداره موقوف على العلم بمجموع التركة والاصل عدمه فيقبل فيه دعوى
الجهالة ووجه احتمال القبول ان الاجازة وان وقعت على معلوم الا ان كونه مقدار الثلث لا يعلم
الا بعد العلم بمقدار التركة ولانهم كما احتمل ظنهم قلة النصف في نفسه كذا يحتمل ظنهم قلة المعين
بالاضافة الى مجموع التركة فان القلة هنا انما هي بالاضافة الى باقي التركة اذ لا يعتبر قلة الشيء
الموصى به في نفسه ولا كثرته ولا اثر لتخيل كون دعوى القلة معتضدة بالاصل في المشاع دون
المعين اما اولا فلان المقتضي لقبول الدعوى امكان صدقها وتعذر اقامة البينة عليها واما

ثانياً ولان الاعتضاد بالاصل ثابت فيهما لان الاصل عدم العلم بتجدد التركة على التقديرين وذلك يقتضي جهالة قدر المعين من التركة كالمشاع والاصح القبول ولو اوصى بمعين يخرج من الثلث ملكه الموصى له بالقبول بعد الموت بغير اختيار الورثة كان هو الحاضر فله التصرف في الثلث ويقف الباقي حتى يحضر الغايب لانه معرض للتلف ويحتمل منعه من التصرف وان كان مستحقاً بكل حال لان حق الوارث التسلط على ضعف ما تسلط وهو غير ممكن هنا لا يخفى ان لو اوصى بمعين يخرج من الثلث ملكه الموصى له بالقبول بعد موت الموصى اما بكون كاشفاً عن الملك بالموت او سبب في الملك لانه سبب في حصول العلم بذلك ظاهراً وانكشافاً وبكونه جزء السبب ولا مدخل لاختيار الورثة في ذلك لكن لو كان بعض التركة غايباً ولم يكن حاضراً هنا الا الموصى به وهو المستثنا من الحصر المدلول عليه بقوله فان كان هو الحاضر ففي ثبوت استحقاق الموصى له التصرف في ثلث ذلك المعين دون الباقي فانه موقوف حتى يحضر الغايب لانه معرض للتلف ولو تلف فالحالة هذه لم يكن محسوباً على الوارث لعدم قبضه اياه فتكون التركة منحصرة في ذلك المعين الموصى به فتنفذ الوصية مع عدم الاجازة في ثلثه وجهان احدهما وهو اختيار المص ثبوت استحقاق التصرف لوجود المقتضي وهو حصول الوصية المحكوم بصحتها بالنسبة الى الثلث الموصى به على كل حال لان غاية ما هناك من تلف الغايب فيكون الموصى به هو مجموع التركة فتنفذ الوصية في ثلثه وانتفاء المانع اذ ليس الا امكان تلف الغايب وهو غير صالح للمانعية لما قلناه والثاني العدم لان حق الوارث التسلط على ضعف ما تسلط عليه الموصى له لان نفوذ الوصية انما تتحقق في ثلث التركة حيث يكون للوارث ثلثان ويعتبر تسلط الوارث عليهما على حد تسلط الموصى له بالثلث وهو منتف هنا بالنسبة الى الوارث فيجب ان يمنع الموصى له من الثلث لانتفاء شرط الاستحقاق وفيه نظر فانا نمنع الاشتراط واذا منع الوارث من التصرف في ثلثي الموصى به لاحتمال نفوذ الوصية فيه فاي دليل على منع التصرف فيما علم نفوذ الوصية فيه ودفع بتملكه اياه والاصح الاول تنبيه لو اشتملت الوصية او المنجز في مرض الموت على كل تقدير على التصرف في اكثر من الثلث احتمل البطلان لانها وصية بغير المعروف والصحة ويكون النقص كالاتلاف وبنقص السوق كما لو كانت قيمة العبد ثلثين ولا شيء سواها فرجعت بالشغل الى عشرة او باع او اعتقه فيرجع بالتركة وتلحق الى عشر وكذا الاشكال لو اوصى له باحد مصراعي باب واحتذر حق فيبنا معاً سنة وللاولى اعلم ان هذا البحث من توابع ما تقدم من احكام الوصية قال الشارح

وهذا متخصا يصر الله وتحقيقه انه لو اشتملت الوصية او المنجز الواقع في مرض الموت على التصرف
في اكثر من الثلث وكان ذلك عين التصرف في اكثر من الثلث لا زائدا على كل تقدير منع وقوع التصرف
عليه سواء فرض كون التصرف في الثلث او فيما دونه على اختلاف اقسامه مثاله لو كانت قيمة العين التي
هي مجموع التركة ثلثين ولزم من الوصية تشقيصها اي بشيء قدره ثلث وربع وثمن وعشرون ذلك
من اجزاء التي يتحقق بتعلق الوصية بها نقصان القيمة بحيث ترجع القيمة بسبب التشقيص
الى عشرة كيف وجوهر بوشر التشقيص في نقصان قيمته تأثيرا فاحشا ففي صحة التصرف
بالوصية والمنجز على الوجه المذكور بالنسبة الى الثلث وما دونه وجهان احدهما البطلان
لانها وصية بغير المعروف لاقتضائها تفويت ما زاد على الثلث على الورثة على كل تقدير من
التقديرات ومتى كانت الوصية كذلك وجب الحكم ببطلانها والثاني الصحة لعموم الدلائل ولا
نسلم ان مطلق تفويت ما زاد على الثلث مانع من الصحة وانما يمنع اذا كان الذاهب من جملة اعيان
التركة والمفروض ان الذاهب هنا انما هو نقص في القيمة لزم بسبب التشقيص فكان كالنقص الحاصل
بالاتلاف فان المريض لو اتلف بعض اعيان التركة كما لو قتل عبدا ثم اوصى بثلث ما بقي فان
قيمته للعبد لا يحتسب عليه المنتقل الحاصل بالتشقيص هنا ولان نقص القيمة بالتشقيص كالنقص
الحاصل بسبب تغير الاسعار وهو نقص السوق بل عدم احتساب النقص هنا اولى لان التصرف
في ثلث المال امر ثابت للمريض باصل الشرع فيكون النقص الحاصل بسبب التصرف وفيه غير محسوب
عليه كتصرف الشريك في استيفاء حقه من المشترك وهذا الاحتمال الثاني اقوى واعلم ان قول المص
فيجمع بالشركة في اقل جزء الى عشرة ومعنى قوله على كل تقدير فان المراد منه التقديرات على ما
سبق التقديرات التي يمنع وقوع الوصية عليها من ثلث وما دونه وان الجار في قوله على كل
تقدير يكون تعلقه باشتملت وبالتصرف في قوله على التصرف ولا يتفاوت المعنى بذلك كثيرا و
قوله ورجعت بالتشقيص الى عشرة المراد به التشقيص بسبب الوصية بدليل قوله او باعه او اعتقه
فيجمع بالشركة تم فان هذا بيان حكم التصرف المنجز وقوله وكذا الاشكال اشارة الى مسألة
اخرى وهي ما كان التصرف في الثلث بوصيته او غيرها من التصرفات المنجزة مشتملة على التصرف
فيما زاد على الثلث على بعض التقديرات خاصة بسبب النقص الحاصل بالتشقيص كما لو اوصى
له بمصراع من ثلاثة مصاريع لباب قيمته تسعة وقيمة كل واحد منها ثلثة ورجعت بالتشقيص
الى اثنين فان التصرف بثلث التركة باعتبار العين وما زاد باعتبار النقص الحاصل في القيمة

فان قيمة

فان قيمة المصراعين الآخرين اربعة فقد فات من القيمة خمسة من تسعة فعلى احتمال البطلان في احتمال
التتمة وجهها ما سبق لكن هنا ان قلنا بالبطلان لم نحكم به مطلقا بل في النصف الذي لزم التصرف
في زيادته على الثلث دون ما دونه والأ يلزم فيه ذلك فاذا ابطلنا الوصية او البيع مثلا في المصراع صححناه
في جزء منه لا يستلزم ذلك وقد علمت ان ما نقص القيمة من مصراعي باب وزوجي خف قيمتهما معا ستة
وكل واحد وحده اثنان لا يطابق المرض لان التصرف في مصراع تصرف في نصف الشركة لا في ثلثها
اللهم الا ان يدعى ان التصرف في ثلثي المصراع على وجه يلزم منه نقص ما زاد على ثلث القيمة
ومع البطلان لا عبرة باجازة بعض الورثة اما نقص القيمة فيستقبض الورثة فلا الاتلاف في الارث
وفي الوصية فيصح حينئذ ونفوذ الاجازة هذان فرعان على المسئلتين السابقتين الاول لو نقول
بالبطلان بالنسبة الى الوصية والمنجز في كلا المسئلتين لم البطلان لوجود ما ينقصه لو اجاز
بعض الورثة ذلك التصرف لم يعتبر لان حصته من النقص وان سقط اعتبارها بالاجازة
الا ان ذلك لا يدفع لزوم التصرف فيما زاد على الثلث بالنسبة الى النقص اللازم بالنسبة الى جميع
الورثة والشركة اذ ليست حصة المجيز من النقص شيئا معينا مفرزا عن حصة غيره ليحكم
على كل منهما بحكمه وانما النقص امر منبسط على ذلك وهو عبارة عن فوات بعض القيمة فيمتنع فيه ذلك بخلاف
ما لو اجاز احدهم حصته من الوصية بالعين فيما زاد على الثلث ثم لو كان نقص القيمة بسبب العيب
كما اذا تعدد الوارث فلزم من التعدد الشركة والتشقيص المنقص للقيمة فان ذلك
جار بحسب الاتلاف قطعا ولو عبر بالتلف لكان اولى لان ذلك حصول الشركة الحاصلة بالارث
لا رث الثابت باصل الشرع فتكون الشركة في المثال كالناشئ ومما يكون هذا النقص كالاتلاف
بالنسبة الى الارث فكذلك بالنسبة الى الوصية لان النقص لازم على تقدير الوصية وبدونها
فلا يكون ناشئا عن تفرق المورث والحجر انما هو فيما استندنا الى فعله فحينئذ فيصح الوصية
وتنفذ الاجازة لو اوصى بزيادة عن الثلث فاجاز بعض الورثة فان اجازته تنفذ في حصته
من الزايد لان الزايد امر عيني موجود بخلاف حصته من النقص كما حققناه، ثم هنا شيء
وهو ان النقص متى كان حاصلا بسبب تعدد الوارث لم يكن محسوبا على الموصي ولا مانعا من النقص
نفوذ الوصية في الثلث فحينئذ فلا حجر على الموصي في تصرفه ذلك بوجه من الوجوه بسبب ذلك
فلا حاجة الى اجازة الورثة اصلا فلا يستقيم الحكم بصحة الاجازة من البعض ولا بعدمها الا انها
متعلقها وهو التصرف فيما زاد على الثلث من الموصي فلا يتصور صحة الفرض الاول مع تعدد

الفصل الثاني في احكام الحمل

الوارث ويظهر من عبارة الشارح الفاضل ان المراد عدم تاثير الاجازة من جميع الورثه ويرشد
الى ذلك تعليله وهو قوله لان الاجازة انما تؤثر في وصية صحيحه ويتوقف لزومها على الاجازة
وهذه وصية باطلة وان كان قد يقدح في هذا التعليل لكن قول المص لا تصح باجازة بعض الورثه
ينافي ذلك ويمكن ان نفرض المسئلة فيما اذا كان تعدد الورثه لا يقتضي التشقيص المنقص
للقيمه كما لو كانت التركة اعيانا متساوية متعادله في القيمة بحيث يختص كل وارث بعين من
غير لزوم تشقيص وحضر المريض كل واحد بعين هي قدر حصته الا انه اوصى لاجنبي بثلث
الجميع على وجه يلزم منه التشقيص المنقص للقيمه ففي هذه الصورة على القول بالبطلان لا ينفذ
اجازة بعض الورثه لما قلناه وانما تؤثر اجازة الجميع وفيه عثار لا اوّل الموصى به لو اوصى
بالحامل لم يدخل الحمل ولو اوصى بالحمل لم يدخل الام وذلك لان الحمل غير داخل في مسمى
الام فلا تشمله الوصية بها وكذا العكس بل هو اظهر اذ لا خلاف في ان الحمل لا يتناول الام وقد
قيل يتناول الام ولو سقط بجناية جان صحت دعوى الجنين للموصى له بخلاف ما لو اوصى
فانفصل بالجناية ميتا اذا سقط الحمل الموصى به بجناية جان صحت الوصية به لانه لثبوت عوضه
في الذمة انفصل متقوما فتنفذ الوصيه في العوض كما لو اوصى له بعبد فقتله قاتل وقد ذكر المص
هذا الحكم في التذكرة محكيا بقوله قيل لا تبطل الوصيه وهو قول بعض الشافعيه بخلاف ما لو اوصى
له فانفصل بالجناية ميتا لان صحة الوصية بالحمل مشروطه بانفصاله حيا كما سبق فلا اثر لكون انفصاله
بالجناية اذ لا انفصل ميتا ولو انفصل ميتا بطلت الوصية به وكانت مونة التجهيز على الورثة لا
انتقال ذلك الى الموصى له شرط بصحة الوصية وقد ظهر بطلانها ولو تعدد دخل كما لو ذكر
لان الحمل اسم لما في بطن الام من الاجنة واحدا كان او متعددا ولو ظنه واحدا فظهر تعدده امكن
اعتباره فلا يبطل الوصيه حينئذ او يتخير الوارث في اعطاء واحد منه احتمال وعلى هذا فلا يقبل
قوله بتعيينه فيه نظر يلتفت الى قيامه مقام المورث ولا بد من وجوده حال الوصية فلو شككنا في وجود
بطلت لانه يشترط لصحة الوصية بالحمل كونه موجودا حال الوصية فتصح الوصية بما تحمل الجاريه والدابه كما
سبق في المطلب الرابع قبل هذا وسياتي التفريع به ان شاء الله تع عن قريب لكن لو اطلق الوصيه
فقال اوصيت لك بحمل فلانه او قيد فقال اوصيت لك بحملها الموجود في الحال اشترط وجوده وقت
الوصيه اما مع التقييد فظاهر واما مع الاطلاق فلان المتبادر الى الفهم من الوصيه بالحمل انما هو الموجود
فلو شككنا في ذلك بطلت لانتفاء الشرط ويرجع في ذلك الى الضابط الشرعي واما البهايم فيختلف

باختلاف

باختلاف اجناسها فيرجع فيها الى العادة فهذا بيان للضابط في معرفة وجود الحمل وقت
الموصى به وتحقيقه ان حمل الامة يتحقق وجوده بضابط الشرع وهو ان تأتي به لاقل من ستة
اشهر من حين الوصية او لدون اقصى من الحمل اذا لم تكن فراشا لزوج او مولى واما البهايم
فاجناسها مختلفة فللغنم مقدار معلوم عادة وكذا للبقر والخيل وغيرها فيرجع في ذلك الى العادة
الغالبة والظاهر ان مدة حمل البهايم لا تنتهي الى سنة او اكثر بخلاف الامة لورود النص
على التسعة فيها اما لو اوصى بما تحمل لم يشترط الوجود للتصريح بما يقتضي كون الحمل الموصى
به غير موجود وقت الوصية ووجوده غير شرط فيها مطلقا على ما تقدم ولو اوصى بما يقع
اسمه على المحلل والمحرم صرف الى المحلل وذلك كالطبل وانما وجب صرفه الى المحلل نظرا الى هرم
حال المسلم وصحة تصرفاته وموافقتها لمقصود الشارع وصونا لكلام العاقل عن اللغو
عن المنهي عنه شرعا ولوجوب تنفيذ الوصية بحسب الامكان لعموم فمن بدله بعد ما سمعه
ولا يتم الا بذلك ولو اوصى بكلب نزل على المنتفع به لعدم صحة الوصية بغير المنتفع به والمراد
بالمنتفع به كلب الصيد وما جرى مجراه وقد سبق بيانه في البيع ولو لم يكن له سوى غيره
يشترى له اي ولو لم يكن للموصي بما يقع على المحلل والمحرم وبالكلاب سوى غير الآخر المحلل ومن
المنتفع به لم تبطل الوصية بل يجب ان يشترى للموصى له من التركة محلل مما يقع عليه اسم الموصى به
وكلب منتفع به لوجوب تنفيذ الوصية بحسب الممكن ولو اوصى له بطبل من طبوله وله طبل
لهو وطبل حرب نزل على الحرب ولو لم يكن له الا طبل لهو لا يصلح الا له بطلت لا يخفى انما يجب
صرف الوصية الى المحلل اذا لم يكن في الوصية ما يمنع من ذلك فاذا اوصى له بطبل من طبوله وله
طبل لهو وطبل حرب مثلا نزل لفظ الموصي على طبل الحرب ولو لم يكن له الا طبل اللهو فان لم
يصلح لغير اللهو بطلت لان قوله في الوصية من طبولي ينافي تخصيص طبل من خارج وان صلح لغيره ولو
بتغيير يسير يبقى معه اسم الطبل على ما سبق صحت الوصية وهو مفهوم قوله لا يصلح الا له صح
وكذا لو اوصى بالمحرم ويمكن ازالته عن صفته المحرمة كالعود اما اذا لم يمكن فانها تبطل اي وكما تصح
الوصية اذا اوصى له بطبل من طبوله وكان له طبل لهو وطبل حرب وينزل على طبل الحرب فكذا لو
اوصى بنفس المحرم والحال انه يمكن ازالته عن صفته المحرمة كما اذا اوصى له بعود لهو وتقريبه
معلوم مما سبق اما لو لم يمكن الازالة مع بقاء الاسم فان الوصية باطلة لامتناع الوصية بالمحرم كما سبق
وقد تقدم تحقيق ذلك في المطلب الرابع قبل هذا في الوصية بالطبل اما لو قال طبلا من مالي فانه

يشترى له طبل حرب اي ما اوصى له طبل من ماله ولم يقل من طبولي فانه يشترى له طبل محلل لان الطبل
المشترى من ماله يتصدق على الوصية ولا فرق في ذلك بين ان يكون له طبل محرم لا يقبل الاصلاح
وعدمه والظاهر ان قول المحقق فانه يشترى له طبل حرب ليس على جهة التحتم بل يكفي مطلق الطبل المحلل
لصدق اللفظ عليها بالتواطي نعم لو دلت القرينة على شيء وجب الحمل عليه   ولو اوصى له بدف
صحت لانه يجوز استعماله في الاملاك والختان ومنع الصحة الشيخ في المبسوط لانه آلة لهو يحرم استعمالها
وبيعه   ابن ادريس والاصح الاول وقد روي عنه صلى الله عليه وآله اعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدف
والدف بضم الدال قاله في الصحاح وحكى ابو عبيد عن بعضهم ان الفتح فيه لغة   ولو اوصى
بعود من عيدانه وله عود لهو وعود بناء وعود قوس بطلت لانه في عود اللهو اظهر وفيه اشكال
اسم العود يقع على الذي يضرب به وهو عود اللهو وعلى واحد الاخشاب التي منها ما يستعمل
في البناء وما يصلح للقسي والعصي ويقع على ما يتبخر به فلو اوصى بعود من عيدانه وله عود
لهو لا يصلح لمنفعة مباحة وعود بناء وعود قوس فقد ذهب المصنف في التذكرة الى انه يعطى واحداً
من العيدان المباحة اما بالقرعة واما باختيار الوارث صرفا للوصية الى المباح صونا لكلام المسلم
عن اللغو وحملا له على ما يجوز شرعا ولانه لا يجوز استعماله ساقطا الاعتبار في نظر الشرع فهو
بمنزلة المعدوم فاشبه ما لو لم يكن له الا العيدان المحرم وقيل تبطل الوصية تنزيلا لها على عود اللهو لان
اسم العود انما ينصرف عند الاطلاق اليه فهو فيه اظهر من غيره وهو الذي ذكره في اول كلام
هنا ثم ذكر فيه اشكالاً ينشا من ذلك ومن وجوب تنزيل الوصية على المحلل دون المحرم كما في
الطبل فان قيل اسم العود اظهر في عود اللهو عرفاً بخلاف الطبل قلنا لا نسلم بل هو لفظ مشترك
بينه وبين ما يتبخر به والواحد من الاخشاب ذكره في التذكرة ولو سلم ان استعماله في آلة اللهو
اظهر فلا نسلم انه يجب الصرف اليه عند الاطلاق لوجوب تنزيل وصية المسلم على الجائز شرعا فان
قيل على تقدير كونه مشتركاً ينبغي ان تبطل الوصية كما لو اوصى لمواليه ولم يعين وله موال من
اعلى واسفل قلنا الاشتراك غير معلوم ولم لا يجوز ان يكون متواطياً او مشككاً وعلى تقدير
الاشتراك لا يلزم البطلان ونفرق بين كون الموصى به مشتركاً والموصى له فان الموصى به
يغتفر جهالته وعدم وجوده بخلاف الموصى له ولهذا لو اوصى بالحمل المتجدد صح بخلاف ما لو
اوصى للحمل الذي سيوجد ومختار التذكرة اقوى   والضابط ان كل لفظ يقع على اشياء
وقوعاً متساوياً اما لكونه مشتركاً او لكونه متواطياً فان للورثة الخيار في تعيين ما شاؤوا وان يحمل

في المشترك

في المشترك القرعة سوق العبارة يقتضي كون هذا مناسباً لما قبله الا ان المعنى يأباه لان غاية
ما اقتضاه الاشكال التردد في كون العود في عود اللهو اظهر عرفاً وذلك لا يقتضي كونه مشتركاً حرب
ولا منافياً لما مع انه يحتمل ان يكون الاشكال انه لا يلزم البطلان عن كون الاظهر في عود اللهو له
تنزيل الوصية على الجائز شرعاً اذا عرفت ذلك فاعلم انه اذا اوصى بلفظ يقع على الاشياء وقوعاً
متساوياً اما لكونه متواطئاً او لكونه مشتركاً فان للورثة الخيار في تعيين ما شاؤوا اما في المتواطي
فلان الوصية به وصية بالماهية الصادقة بكل الافراد كالعبد والجارية لان مدلول
اللفظ في المتواطي هو الماهية الكلية وخصوصيات الافراد غير مقصوده الا تبعاً فلها
الوارث في تعيين اي فرد شاء لوجود متعلق الوصية في جميع الافراد واما المشترك فيحتمل فيه
ذلك لان متعلق الوصية هو الاسم وهو صادق على كل من المعنيين حقيقة ويحتمل القرعة
لانه امر مشكل فان الموصى به ليس كل واحد اذ اللفظ لا يصلح لان يراد به كل واحد انما يراد
به احدهما غاية ما في الباب انه غير معين فيتوصل اليه بالقرعة ولان الوصية تتقدم على حق
الوارث فلا يقبل تعيينه لتفاوت الغرض ويضعف هذا بان المراد بتقدمها عدم استحقاق
الموصى به ولا يلزم من ذلك ان لا يكون التعيين في الوصية المعين اليه واعترض على هذا
الاحتمال بان القرعة لبيان ما هو معين في نفس الامر وليس ههنا وفيه نظر لان المشترك
لما لم يكن لجميع المعاني ولا لاحدها كان وضعاً ان يكون لواحد بعينه عند الموصى والابهام
انما هو عند نا وكذا القول في كل لفظ مشترك فان الابهام فيه انما هو عند السامع فلا طريق
الى استخراجه الا القرعة وهذا اقوى واعترض شيخنا الشهيد في حواشيه بعدم الفرق بين الوصية
للمشترك وبه وقوى الحمل على الجميع ان امكن ولم يعلم قصد البعض والا فالقرعة وقد بينا الفرق
فيما مضى والحمل على الجميع مع الاعتراف بكون المشترك لا يستعمل في الجميع الا بطريق المجاز
عدول عن الحقيقة الى المجاز بغير دليل وقد بينا الفرق بين الموصى به والموصى له وثبوت التسامح
بجهالة الاول دون الثاني فالمصير الى القرعة ان لم يعلم ارادة الجميع او بعض بعينه اقوى ويحمل
على الظاهر كالحقيقة دون المجاز لان الحمل على الحقيقة متعين فاذا قال اعطوه اسداً اعطي
السبع الا ان يعلم ارادة الشجاع والظاهر هو اللفظ الدال على المعنى دلالة راجحة مع ا
احتمال غيره احتمالاً مرجوحاً ولو اوصى له بقوس انصرف الى قوس النشاب والنبل وهي
العربية والحسبان وهي الفارسية لها مجرى من قصب يجعل فيها سهام صغار ويرمى بها

دون قوس البندق دون الجلاهق وهو قوس البندق ويتخير الوارث ولو وجدت قرينة حمل
على ما دلت عليه قال في التذكرة اسم القوس يقع على العربية وهي التي يرمى بها النبل وهي السهام
العربية وعلى الفارسية وهي التي يرمى بها النشاب وعلى القسي التي لها مجرى ينفذ فيه السهام
الصغار ويسمى الحسبان ح ثم ان السابق الى الفهم من لفظ القوس احد الثلثة الاول وهو
استعمال العرف فعلى هذا اذا اوصى له بقوس انصرف الى احدى الثلث وهو مختار الشيخ وابن
حمزة والمص هنا وفي موضع من المختلف اختيار وقال ابن ادريس يتخير الوارث في اعطائه ما شاء من
وامن الخمسة لان اسم القوس يقع على كل منها ولا دليل للتخصيص واختار المص في التحرير تخيير الورثة
في اعطاء ما شاء وانما يقع عليه عرف ذلك لو منع وهو حسن الا انه فرار عن تحقيق مقتضى العرف
الجاري بين الناس ولا يبين الشيخ سوى ذلك ولا ريب ان لفظ القوس اذا اطلق عرفاً بعد
عن تناول الحالية والمقابلة فالاكثرية الاستعمال عدم ثم قوس الجلاهق والبندق منه الا ان
بلوغ ذلك حد الحقيقة محل تامل ثم انه هذا القدر هنا لا نحجبه ان اشد وحبان يوشر في
ترجيح العربية على غيرها لانها الاكثر في الاستعمال واقرب الى الفهم وقول الشيخ اشهر وان كان
قول ابن ادريس لا يخلو من قوة ومع وجود قرينة مثل اعطوه قوساً يغزو به او يتعيش به
وجودة بقصد القطن لا شك في العمل بمقتضاها وقد حقق المص في التذكرة ان مثل العرب حال
الموصي له فاذا كان بذافاً لا عادة له بالرمي او مبذاقاً لا عادة له بشيء سواه او جنبياً يرمي
بقوس النشاب لا غير انصرفت الوصية الى القوس الذي يستعمله عادة قال ولذا اشتبهت
القراين فالوصية اما باعتبار الحدثة اقول وهذا بناء منه على احتمال كون القوس معرفاً علمها
بالتواطؤ وبالاشتراك والا استبعد التواطؤ فيتخير الوارث قوي ولو قال القوس الذي
الى الطير اعطي الجلاهق قد اغنى عن هذا قوله ولو وجدت قرينة فان الرمي الى الطير قرينة
على ارادة الجلاهق ولو اتى بالفاء بدل الواو ويكون تفريعاً على ما قبله لكان اولى ولربط
ولو قال اعطوه قوساً من قسيي وله قوس ندف وبندق اعطي قوس البندق لانه اسبق الى
الفهم ولو لم يكن له الا قوس ندف اعطي منها ويتعين اعطاء قوس الندف في المسئلة الاولى
نظر يعلم مما سبق وظاهر كلام المص في التذكرة تخيير الوارث والتذكرة وتخيير الوارث فيه
اما المقال الفرق ان الاقرب انه يشتري له وهم القرب لان لفظ القوس عند الاطلاق انما يحمل على
احد الثلثة فيجب ان يشتري له احدها اعلى وما لو قال من قسيي فان ذلك قرينة على عدم ارادة

شيء

شيء منها ويحتمل العدم لان الظاهر ان المراد بقوله اعطوه قوسا من قسيه لاستعمال
ان يريد بالاطلاق الشركة وعنده ما يقع عليه اسم القوس وعلى ما سبق اختياره من تخيير
الوارث في المسألة السابقة فتخييره هنا اولى والاقرب دخول الوتر ان كان موجودا وله
فلا اي الاقرب دخول الوتر في الوصية بالقوس ان كان موجودا وقت الوصية ووجه القرب
انه لا يتم المقصود من القوس الا به وانه حين وجوده كالجزء من القوس فصار كالفص بالنسبة
الى الخاتم والغلاف بالنسبة الى السيف بل هو اولى لان الخاتم بدون الفص ناقص والسيف
والغلاف حافظ للسيف واما القوس بدون الوتر فهو بمنزلة عصا لا يوجد لما يحصل به
المقصود منه وهو اظهر واختاره المص في التحرير ويحتمل العدم لخروجه عن مفهومه فصار
كسرج الدابة والعذار يسمى عرفا باعتبار اطلاق اسم القوس على المجموع بخلاف الدابة واشباهه
حصول المقصود بدونه بخلاف ما نحن فيه واضح اما اذا لم يكن موجودا معه فانه لا دليل على
ادخاله في الوصية ووجوبا تحصيله ولكمال مقصود القوس ولو قال اعطوه قوسي
ولا قوس له الا واحد انصرفت الوصية اليه نظرا الى الاختصاص كان لان اضافتها الى نفسه تقتضي
ذلك ولو اوصى له براس من مماليكه تخير الوارث في اعطاء الصغير والكبير والصحيح
والمعيب والذكر والانثى والخنثى والمسلم والكافر ونحو ذلك لوقوع الاسم على كل واحد
منها وقال بعض الشافعية لا يعطى الخنثى لانصراف اللفظ الى الغالب المعهود وشبهها
ذلك بالوصية بدابة فانه ينصرف الى المعهود دون ما يدب على وجه الارض والفرق قائم
لان الدابة حقيقة عرفية في بعض الافراد بخلاف الرقيق ويحتمل ان يقال هذا البعض المنع من
اعطاء المعيب لان المتبادر من اطلاق اللفظ الصحيح ولهذا نزل اطلاق البيع عليه والفرق
ظاهر فان البيع ونحوه من المعاوضات مبني على المكايسة بخلاف التبرعات فان امتنع
اعطى الاقل فان تساووا فالقرعة اي فان امتنع الوارث من اعطاء شيء من هذه الموصى
له اعطاه الحاكم الاقل احتياطا للوارث ولان ما زاد على الاقل غير ثابت الاستحقاق وكذا في
كل منها فان تساووا فالقرعة لان التعيين منوط باختيار الوارث وقد تعذر بامتناعه
فصار المستحق مجهولا فلم يبق طريق الا القرعة مسألة هل يتعين صرف الوصية الى الموجود
وقت صدورها ام المتجدد بعدها كالموجود حتى لو قال اعطوه راسا من مماليكي ولم يكن
له مماليك حين الوصية يصح ان تعلقت بالمتجدد صرح المص في التذكرة بتعلقها بالمتجدد وحكي

عن الشافعيه في ذلك وجهين ولا يخفى ان في هذه المسئلة وما سبق وغيرها اذا اوصى لاقرب
الناس اليه وله ابن وابن ابن فمات الابن قبل موت الموصي نظر ان كان المقصود نظرا الى ان متعلق
الوصية المتعرض بعد الموت اعتبر تعلقها بكل ما يتجدد اليه حين الموت وكذا لو قال اشتروا
له من مالي راسا اي وكذا يتخير الوارث في شراء الصغير والكبير نعم لو قال اشتروا له راسا
من مالي فالتعقيب ما تقدم ولو قال اعطوه راسا من رقيقي فماتوا او قتلوا على اشكال قبل الوفاة
بطلت اما اذا ماتوا قبل الوفاة فلا بحث في بطلان الوصية لفوات محلها واما اذا قتلوا
قبلها ففي البطلان اشكال ينشا من فوات متعلق الوصية فتبطل ومن ان القيمة بدل عنهم فتتعلق
بها الوصية فان من استحق العين استحق القيمة وهو مختار الشيخ في المبسوط واختاره الشارح الفاضل
واختاره المص في التذكرة الاول وهو اقرب لان الوصية لم تتضمن ما يدل على تعلقها بالقيمة
وقد تحقق تلفها في ملك الموصي فكان التبدل له وخروجه عنه وعن وارثه يستدعي سببا يقتضي
ذلك وهو منتف هنا ولو قتلوا بعدها لم تبطل وكان للموصى له مطالبة الجاني بقيمة من
يعينه الوارث هذا انما يتم اذا كان بعد القبول او قلنا بان القبول كاشف وهو مختار المص
وكذا على القول بان الوصية تملك بالتعيين فعين قيمته تعلقت به الاحكام ولو اعتقهم
الموصي بطلت ولو بقي واحد تعين للوصية اما الاول فلان الاعتاق بمنزلة الاتلاف
ولتضمنه الرجوع عن الوصية واما الثاني فلامكان تنفيذ الوصية والمتعلق موجود وكذا لو قتلوا
قبل الوفاة الا واحدا فانه يتعين للوصية على القول بالبطلان مع قتل الجميع ولو قتلوا بعد
الوفاة الا واحدا تخير على القول بان القبول كاشف يتخير الوارث في التعيين وعلى القول بانه
ملك يتعين للوصية الباقي ولو لم يكن له رقيق حال الوصية بطلت بناء على ما
سبق في كلامه وعلى ما اختاره في التذكرة انه يعتد بما اذا لم يتجدد رقيق قبل الموت
بل يلغيه اذ لو تجدد له رقيق بعده كما لو تراخى الوارث والقائل على اعتبر متجدد الذي
تتعلق به الوصية اذا اطلق الموصي عنده لا ينزل على وقت صدورها بل هو اعم من ذلك
فيتناول ما ذكرناه ولولا ذلك لم يصح تنفيذ وصايا من دينه وقد ثبت ذلك بالنص
والاجماع وكان دليلا على عدم اختصاص الوصية بالموجود في وقت صدورها اما لو
قال اعطوه راسا من رقيقي او اشتروا له من مالي او اوصيت له بعبد من مالي لم تبطل اي لم تبطل
الوصية لو لم يكن له رقيق وذلك لانه لم يضفه الى رقيق ولا العبد الى نفسه ولو قال اعطوه عبدا

من مالي

من ماله ولو عبده مختصا للوارث بينه وبين الشركاء وذلك لانه يصدق على كلٍّ منها الثلث
بالولد الذي في ملكه انه عبده وماله ولا يخفى ان الضمير في بينه يعود الى ما دل عليه الكلام وهو
اعطاء عبد من عبيده ولو اوصى بثلث عبده فخرج ثلثاه مستحقا صرفت الوصية
الى ثلث الباقي اي لو اوصى لزيد او في وجه مثلا لو اوصى بثلث عبده فخرج ثلثاه مستحقا
تعينت الوصية في الثلث الباقي على ملكه منه لانه يصدق عليه انه ثلث عبده لان هذا
القدر منه لعلاقة كافٍ في صحة الاضافة ولو قال اعطوا عبدا من عبيدي ولا عبيد له
ثم تجدد له قبل الموت احتمل الصحة كما لو قال اعطوا الفا ولا مال له ثم تجدد واعطوا ثلث مالي
وله دراهم ثم ملك مالا اكثر والمنع اعتبارا بحال الوصية ترجيح دليل الصحة ان بطلان الوصية
في محل النزاع مع تعلقها بالمال المتجدد في المثال بالاجتماعات والثاني ثابت فينتفي الاول
بيان الثاني ان الاعتبار في الوصية اما ان يكون بوقت صدورها او بما يتجدد فان كان
الاول وجب الحكم بعدم تعلقها بالمتجدد في محل النزاع والمثال وان كان الثاني وجب الحكم
بتعلقه به فيهما واما بيان ثبوت الثاني فلرواية السكوني عن ابي عبد الله ع قال قال امير
المؤمنين ع من اوصى بثلث ثم قتل خطأ فان ثلث ديته داخل في وصيته ولرواية الحسن بن
صالح عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اوصى لمملوكه بثلث ماله قال فقال يقوم المملوك ثم ينظر
ما يبلغ ثلث الميت الحديث ولم يستفصل ولو اختلف الحكم لوجب الاستفصال لئلا يلزم
تاخير البيان عن وقت الحاجة اذ لم يرد في ذلك بيان آخر وتوجيه الثاني ان المتبادر من
اعطوا عبدا من عبيدي انما هو العبيد الثابتون حال الخطاب فمع انتفائهم يقع الخطاب
لغوا كما لو اوصى بما لا وجود له ويمكن ان يقال لما كانت الوصية تمليكا بعد الوفاة وما يتجدد يجب ان
وجب ان يعتبر الملك حين الموت لا قبله فاحتمال الصحة لا يخلو من قوة ويظهر وجه اختصاص ابن الابن
كما اذا اوصى لاقرب الناس اليه وله ابن وابن ابن فمات الابن قبل موته وقد جزم المص بالحكم
هناك وتوقف هنا وكذا لو كان له مماليك ثم ملك آخرين فان ابطلنا الاول تعين في
الاولين والا تخير الوارث اي وكذا يجري الاحتمالان هنا وهما اذا اوصى له بعبد من عبيده
وله عبيد ثم ملك آخرين والاحتمالان احدهما تعين صحة الوصية له في الاولين بناء على احتمال
البطلان في المسألة السابقة وهي ما اذا اوصى بذلك ولم يكن له عبيد حال الوصية ثم تجدد له
ذلك والثاني تخير الوارث في الاعطاء من الاولين ومن تجدد بناء على الصحة في تلك المسألة

وتعلق الوصية بالمتجدد على ما سبق ترجيحه في الثاني ايضاً ولم يكن له سوى واحد ومات عنه
فعلى البطلان يحتمل الصحة هنا اي لو اوصى له بعبد من عبيده وليس له الا واحد ومات عنه فعلى
البطلان في المسئلة السابقة يحتمل الصحة هنا لوجود ما تتعلق به الوصية وكونه بعض عبيده مجازاً دقام
مجازاً من حيث اللغة وتنفيذ الوصية واجب بحسب الممكن ويحتمل البطلان لان المتبادر من قوله
من عبيدي الموجودين بالفعل وذلك مضعفاً للعبد الموصى به فاذا انتفى فقد انتفى
متعلق الوصية وقول المص فعلى البطلان يحتمل الصحة هنا يحتمل ان يريد تخصيص احتمال
الصحة بتقدير البطلان في المسئلة السابقة انه بتقدير الصحة فيها يلزم القول بالصحة هنا
بطريق اولى وهو الذي فهمه الشارح الفاضل ولد المص ويحتمل ان لا يريد ذلك ويخصص
احتمال الصحة بتقدير البطلان ثم لبيان الفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها في الحكم
وهذا هو الظاهر لانه على تقدير الصحة في المسئلة السابقة يحتمل هنا البطلان ايضا نظرا الى
فوات الوصف المقتضي لفوات متعلق الوصية وقوله ومات عنه ليس فيه كثير فائدة اذ جميع
مسائل الوصية لا بد فيها من بقاء الموصى به بعد الموصي اذ لو تلف قبل الممات للوصية لفوات
متعلقها ولا يخرج به عن ان يتجدد له قبل الموت غيره لانه على احتمال البطلان في المسئلة السابقة
لا تتعلق الوصية بالمتجدد وليس القول بصحة الوصية بعيداً من الصواب لما سبق تحقيقه من الحمل
على المجاز بمعونة المقام فيشمل ذلكما ويجعل الغاء الوصية كما لو اوصى لاولاده وليس له الا
اولاد اولاد ولو اوصى له بشاة اجزاء الذكر والانثى والخنثى لان الشاة للوحدة واصلها
شاهة لان تصغيرها شويهة والصغير والكبير والصحيح والمعيب والضان والمعز نص
اهل اللغة على ان الشاة من كل مؤنث وذلك دليل على انه لا يختص بالاناث بل هو اسم جنس
حتى تكون التاء فيه للوحدة لا محالة وما ذكره المص من ان اصلها شاهة بدليل التصغير صحيح
الا انه لا دخل له فيما نحن فيه وشمولها الضان والمعز واضح لا ريب فيه واضح، كل واحد
من المذكورين لصدق الاسم عليه وذهب الشافعي الى ان الشاة لا تتناول الكباش والتيوس وانما
هي للاناث عرفاً ولا يجزي الظبي لان اسم الشاة لا يقع عليه حقيقة وان كان قد يقال
للظباء شياه البر حملاً على المجاز للشافعية والبعير يدخل فيه البعير الصغير والكبير وفي
دخول الناقة اشكال اقربه الدخول قال في الصحاح من الابل بمنزلة الانسان من الناس يقال للجمل
بعير وللناقة بعير وانما يقال له بعير اذا اجذع ومنه يظهر وجه القرب ويحتمل قصره على الذكر

نظراً الى العرف وهو خيرة الشيخ في المبسوط واستقرار العرف على ذلك محل منع فالاقرب
ما قربه المص اما الجمل فكالرجل والناقة كالانثى والبكرة بمنزلة الفتاة والبكر بمنزلة الفتى
والمرجع في ذلك كله اللغة والثور للذكر والبقرة للانثى اما الثور فلا بحث فيه واما
البقرة فلاقتضاء العرف بكونها للانثى ويحتمل وقوع الاسم على الذكر والانثى لانه للجنس
كالشاة والتاء فيه للوحدة ولا هنا ان الشايع في العرف اختصاصه بالانثى وهو مقدم
على اللغة حتى ان العرف اذا استقر على اطلاق البعير على الذكر تعين المصير اليه وفي
دخول الجاموس في البقر نظر ينشأ من تعارض العرف واللغة والظاهر عدم الدخول لعدم
فهمه من لفظ البقر عرفاً ولا يدخل بقر الوحش لاشتراط الصدق عند الاطلاق لغة ولا
عرفاً ولا يدخل فيه الكلب ولا في الحمار الانثى لانهم يفرقوا فقالوا كلب وكلبة وحمار وحمارة
ويحتمل كونهما للجنس قال في الصحاح ربما قالوا للاتان حمارة رواه رواية الثنى العربيت وكيف
كان فالمستفاد من عرفنا هو التميز والدابة اسم للخيل والبغال والحمير فان تخصص عرف بلد بالبر
او بعين حمل عليه الدابة لغة اسم لكل ما يدب على الارض ثم اختص بذوات الحافر فان اوصى
بما انصرفت الوصية الى الخيل حمل عليه الدابة لغة اسم لكل ما يدب على الارض والبغال والحمير
فتخير بينها الوارث ولو استقر عرف قوم على خلافه حمل الاطلاق عندهم على المتعارف
بينهم ولا يدخل السرج ولا الثوب في العبد اذا سم من الثياب ما يقتضي العرف دخوله
وجزم هنا بعدم دخول الثوب وفي العتق نظر ولو اوصى بدار فانهدم ما يدخل في البيع
فان انهدمت قبل موته ففي انقطاع الوصية اشكال ينشأ من عدم تناول الاسم لها ومن دخول
العرصة والنقض في الوصية اي لو اوصى بالدار الفلانية لزيد مثلاً بدليل ان النقض من
الدار المعينة لا يدخل في الوصية بدارية الجملة فانهدمت قبل موته ففي انقطاع الوصية وبطلانها
اشكال ينشأ من ان الموصى به الدار المعينة وبعد الانهدام لا يقع عليها الاسم فلا يكون متعلق
الوصية ومن ان اسم الدار يتناول المجموع الذي من جملته العرصة والنقض وهما باقيان فلا
تبطل الوصية وكذا في كل مجموع اذا اوصى به فبطلت الجملة وبقيت الابعاض ويفهم من قوله
فانهدمت انه لو هدمها الموصي بطلت الوصية وفي التذكرة تردد في البطلان في الانتقاض بنفسه
والعرصة لو هدمها واختار عدم البطلان لو انهدمت بنفسها وما في التذكرة حسن والا
من الوجهين الثاني لوجوب تنفيذ الوصية وتحريم التبديل ولم يتم دليل على البطلان

فيما بقي فاذا عرفت ذلك فاعلم ان اسم الدار يندرج فيه اذا تعلقت به الوصية ما يندرج
فيه اذا تعلق به البيع وكذا البستان والقرية والشجرة   ولو انهدم بعضها لم تبطل
اي لو انهدم بعض الدار لم تبطل الوصية بها لكن ينبغي ان يقيد ذلك بما اذا لم يكن انهدام
ذلك البعض قادحا في صدق الاسم والا كان كالاول   وكذا بعد الموت وان كان قبل
القبول   اي وكذا لا تبطل لو كان الانهدام بعد الموت قبل القبول لكن بناء على ان القبول
كاشف ولو جعلناه ناقلا اطرد الاشكال السابق   ولو زاد في عمارتها لم يكن رجوعا
بخلاف طحن الحنطة والفرق بقاء الاسم في الاول دون الثاني وفواته موجب لفوات
متعلق الوصية فيقتضي بطلانها   والجمع يحمل على الثلثة فلو قال اعتقوا رقابا فاقله ثلثة فان
وفى الثلث باثنين وبعض الثالث اشتري البعض على اشكال الاظهر بين المحققين
ان اقل الجمع ثلثة فان اطلق حمل على المتيقن وهو اقل محتملاته اعني الثلاثة لان صدقه على
ما دونها انما هو بالمجاز ولا يتحقق التذبذب للشك في ارادته والنفي لا يقتضيه والاصل
براءة الذمة فاذا قال اعتقوا رقابا تعين عتق ثلثة لما قلناه فان وفى ثلث الموصي
باثنين وبعض الثالث ففي وجوب شراء البعض واعتاقه مع الاثنين اشكال ينشأ من ان
الموصى به اعتاق ثلثة وحقيقته دون الرقبة كله اذ لا يقع اسم الكل على البعض الا بالمجاز
فمع تعذر الموصى به يسقط التكليف به ولا يجب شراؤه لانتفاء الدليل ومن انه اذا
تعذرت الحقيقة ولا ريب ان اثنين وبعض ثالث اقرب الى الثلثة من اثنين ولان اطلاق
الثلثة على الاثنين وبعض الثالث شايع كما في اقراء العدة وهذا اقوى لان تنفيذ
الوصية ان كان مشروطا بكون الاعتاق لثلثة تعين القول بالبطلان للتعذر والا وجب
اعتاق ما يحتمله الثلث لان التصرف في الزايد عنه جائز ولا يسقط الميسور بالمعسور وهذا
مختار ابن ادريس وذهب الشيخ في المبسوط والخلاف الى اعتاق اثنين واعطاء ثمن الزايد
فان وفى بخسيسين وبعض ثالث او بنفيسين فالاقرب الاول   اي فان وفى الثلث
بخسيسين وبعض ثالث او بنفيسين فهل يتخير بينهما او يتعين الوصي في شرا بتمام الدراهم يبقى
على الاول الاقرب عند المص تعينه لما قلناه من انه اقرب الى الحقيقة من الاثنين وان كانا نفيسين
اذ لا اثر للنفاسة والخساسة في ذلك وان الواجب امتثال الوصية والعمل بمقتضاها ويحتمل
العدم اذ لا يحصل الجمع على كل من التقديرين والاول اقوى   مسـ الجمع بصيغة القلة يحمل

على الثلثة

لعبد

فيه الثلث مطلقا وكذا بصيغة الكثرة مع الاطلاق ومع التقييد يجب الا ان يزيد فانا احتمله اما
وان كان احسن فيجب الخمسة الخسيسة ولا يجزي عتق الاربعة النفيسة المساوية قيمة هذا
للوصية بالجمع لو من مهمات البحث الذي قبله وتحقيقه انه اذا اوصى بصيغة الجمع فاما ان
تكون صيغة جمع القلة وصيغة جمع الكثرة وعلى التقديرين فاما ان يقيد الوصية بان
يقدر لها مالا او لا فان اوصى بصيغة جمع القلة اجزأت الثلث فلو قال
اعتقوا عني عبدا وجب عتق ثلثة ولا يجب ما زاد سواء عينت لها قدرا من المال كان قال اعتقوا
عبدا بالف ام لا فلو امكن شرا ثلثة نفيسة بالف او اربعة خسيسة به تخير لان اقل جمع القلة
هو الثلث والاصل براءة الذمة من تعيين شرا ما زاد وان اوصى بصيغة جمع الكثرة فاما ان
يطلق او يقيد بمقدار من المال فان اطلق اجزأ الثلث لانها اقل محتملات الجمع ولا دليل على
ارادة الزايد والاصل البراءة وان قيد بمقدار من المال كالف وجب عندالمص عتق الزايد
على الثلثة بحسب الممكن وهو المراد بقوله انما احتمله القيد اي اذا احتمل الزايد القيد وهو تقدير
المال علا بمقتضى صيغة الكثرة فانها لما فوق العشرة وتعيين قدر المال مع احتماله للزايد
مؤكد لمراد الجمع ودليل على ارادة الزايد بخلاف جمع القلة الذي لا دلالة له على ما بعد الثلثة وفيه
نظر لان استعمال جمع الكثرة فيما فوق العشرة ليس لكونه حقيقة فيه بل ذلك استعمال طاري
على اصل الوضع اللغوي اعني كون اقل الجمع مطلقا ثلثة ولم يبلغ ذلك حد الحقيقة فيتحقق
النقل ولم يفرق الاصوليون في ان اقل الجمع ثلثة او اثنان بين كونه جمع كثرة او قلة ثم ان اهل
الاستعمالات العرفية والمحاورات العامة لا يعرفون هذا الاستعمال ولا شعور لهم به فكيف يحمل
اطلاقهم عليه مع ان اللفظ تابع لمقصود لافظه المستقبل لتوقف قصد المعنى موضوع له
على العلم بالوضع على انه لو تم ذلك منكونه لا استعمال حقيقيا وسيوعه بحيث يتعاهده اهل
العرف ويتبادر الى اذهانهم يجب ان لا يفرق اذا اوصى بصيغة جمع الكثرة بين ما اذا قدر
للوصية مالا وعدمه فيجب تحري ما زاد على الثلثة الى اقل محتملاته عملا بحقيقة اللفظ فالفرق
الواقع في كلام المص غير واضح فعلى هذا لو اوصى بعتق رقاب بالف وامكن شرا اربعة نفيسة بالف
او خمسة خسيسة به لم يتعين شرا الخمسة الخسيسة بحيث يكون قيمة كل منهما بقدر المقتدر من المال لا يجزي با
لان الخمسة اقرب الى مدلول صيغة جمع الكثرة لو كان حملها غلاما وان كان الذي في بطنها غلاما
وكان ما في بطنها او كل حملها فاعطوه فولدت غلاما بين او جاريتين او غلاما او جارية بطلت

النشابي المنعصي

لما قلناه بل النحية وعليها
ذكر المص تعين شرا الخمسه
معنى قول المص ولا يجزي
عتق الاربعه النفيسه المساوية
قيمة ان الاربعه النفيسه المساويه
قيمتها الخمس م

وجه ببطلان لان التنكير في قوله غلاماً يشعر بالتوحيد بل لا يتبادر منه الا ذلك فالمفهوم
من قوله ان كان حملها غلاماً ان يكون كله غلاماً وكذا البواقي بل الحكم مع الفاظ العموم اظهر
وفي وجه للشافعية انها ان ولدت غلامين فالوصية لهما ولو قال ان كان في بطنها غلام
استحق الغلام دون الجارية اما استحقاقه فلتحقق الشرط فيها اذ يكون وهو كون الغلام
في بطنها لان الظرفية لشيء لا ينافي الظرفية لغيره بخلاف الصورة السابقة لان شرط
فيها ان يكون مجموع الحمل غلاماً واما عدم استحقاق الجارية فلان الموصى له هو الغلام دون
ولو ولدت غلامين احتمل تخير الوارث والتشريك والايقاف حتى يصطلحا فانه متنازع
بينهما اي لو ولدت في الصورة الاخيرة وهي ما اذا قال ان كان في بطنها غلام وجه الاول صدق
الشرط على كل منهما حقيقة ولما كان لفظ غلام مفرد انكر لم يتناول الغلامين بل كان بالنسبة
اليهما متواطئاً فوجب ان يتخير الوارث كما لو اوصى لاحد الشخصين او لفقيرا وفقيرين ووجه
الثاني اختصاص الوصية بهما اذ لا اولوية لاحدهما على الآخر فتكون بمنزلة العين الواحدة اذا
ادعاها اثنان ولا ترجيح فانها تقسم بينهما ووجه الثالث ما ذكره المصنف من انه مال متداعى بينهما
ولا يعلم مستحقه منهما فيوقف حتى يصطلحا ويضعف الوجهان بانتفاء الدعوى للايقاف
على ان المستحق غلام في بطنها وهو صادق على ما فيكون تعيينه الى الوارث كما في كل متواطئ فيكون
الراجح هو الوجه الاول وللشافعية وجه ببطلان الوصية لان التنكير يقتضي التوحيد ويضعف
بان المراد بالتوحيد في نظائره صدقه على المتعدد لا عدم وجود آخر غيره وكذا لو قال
اوصيت لاحدهما ثم مات قبل البيان ويحتمل الفرق هنا وقد سبق في كلام المصنف انه اذا اوصى لاحدهما
يحتمل البطلان والصحة وعلى الصحة يحتمل التخيير والقرعة والتشريك هنا ثبت باحتمال البطلان
وذكر احتمال الايقاف حتى بدل القرعة فاطلاق التشبيه لا يخلو من شيء الا ان يكون رجوعاً
عما سبق هذا مع ان قوله ثم مات قبل البيان يشعر بان الوصية لاحدهما يريد به الوضع لواحد منهما
غير معين لان احدهما ايضاً لا يكون متواطئاً وليس الموصى له هنا من قبيل الاول بل من قبيل
ما لو اوصى لفقير في البلد او في المسجد او لفقير من الفقراء ونحوها من المتواطئ فيكون من جملة
الاسباب المخلة بصحة التشبيه ووجه احتمال الفرق هنا ان الموصي علم تعددهما فيما اذا
اوصى لاحدهما وخص بالوصية واحداً منهما فهو بعيد عن الاحتمال الاشتراك بخلاف ما
هنا فانه لم يعلم وجود المتعدد وقصد بالوصية واحداً دون غيره ولفظ غلام صالح للوا

والمتعدد

جامع المقاصد فی شرح قواعد الاحکام للمحقق الثانی الکرکی [illegible]

مضطر فلا شیء ويقضي الا ان يشرط ولا يجب الاستيناف في القضاء وان شرط التتابع ولا التتابع في القضاء

الصائم لو كان قد حلف على الاعتكاف فان تركه فكفارة يمين وان شرع فيه فافطره فكفارة رمضان

كما فصله الشهيد وليس ببعيد واذا خرج لقضاء حاجة لم يجب قضاؤه ولا اعادة النية ولو

طال الزمان بحيث بطل حدها لم يقض مع الوجوب لا بدونه والاندبا في قوله والاندبا بعد

قوله لا بدونه مناقشة اذ هو معنى لا بدونه فان افطر الاول كفر ان كان بالجماع وكذا في احد

الامرين ان اخرهما والا فلا لوجوبهما لكن على ما اختاره سابقا من ان المتعين يجب في الثالث

مطلقا بالجماع وغيره وينبغي على قوله في المطلب الثاني انه سوى فيهما الوجوب يجب الكفارة بالجماع

مطلقا قدمهما او اخرهما والحق انه ان فعلهما بنية تدارك الواجب فنوى فيهما الوجوب يجب الكفارة

بالجماع فيهما مطلقا للرواية الدالة على الكفارة بالجماع في الاعتكاف مطلقا خرج غير المندوب لجواز الخروج

منه قطعا فبقي الباقي على اصله لتعين الواجب بالشروع وان فعل اعتكافا مندوبا فافسده فلا شيء

وان قصد في خلال اليوم الموصل به الى الواجب ولو ظهر يوم الثلاثين العيد فالاقرب البطلان

المراد بيوم الثلاثين ثالث النذر والاصح البطلان لظهور امتناع تعلق النذر به حقيقة الحج لغة

القصد الشايع انه القصد المتكرر وان كان اطلاقه على القصد موجودا في كلامهم وشرعا

القصد الى بيت الله تعالى الخ فعلى هذا يكون الحج اسما للقصد وليست باقي المناسك داخلة في مسماه وليس

بواضح فيكون جعله اسما لمجموع المناسك اولى ويمكن الاعتذار بان قوله مع اداء المناسك الخ قد يقضي

ان يكون جزءا لمسمى فلا يرد السؤال والتحقيق ان معنى مع لا يقتضي الصراحة في ذلك فيقال ان جعله اسما

للقصد اولى من جعله للمناسك لان الاول تخصيص ويلزم من الثاني النقل والتخصيص خير

قلنا هذا فاسد لان كليهما نقل للقطع عن مسماه اللغوي الا ان الاول لمناسبة بخلاف الثاني في

شرائط النذر واذن الزوج ينبغي واذن من له الولاية او بالنذر المضيق يفهم منه ان الموسع

يجوز معه الاستيجار واعترضه الشهيد في حاشيته بالمنع من صحته وفيه نظر او الاستيجار

المضيق يفهم منه ان الموسع يجوز معه ثم يشترط في جواز الاستيجار الموسع ان لا يكون واجبا

٥ على الفور او تعذر من يأتي به عنه واعترضه الشهيد ايضا كالاول ولا وجه له الا ان يريد ما قلنا

وبه صرح في الدروس وشرط المندوب ويشترط ايضا الاسلام ولم يذكره وهي فرض

من نأى عن مكة باثني عشر ميلا من كل جانب بل بثمانية واربعين على الجوانب الاربعة وقوله

من كل جانب يحترز به عما لو بعد ذلك من جانب دون جانب فانه لا يعد بعيدا وان سلك الاه

كتاب الحج وفيه مقاصد الاول في المقدمات وفيه مطالب الاول في

بعد الى مكة لا اعلم الآن فيه خلافاً بخلاف البلد الذي له طريقان في القصر وصورته ان يحرم من الميقات
بالعمرة الى الاركان في حج التمتع ثلاثة عشر السنة احدها والترتيب بين الافعال اما القران والافراد
فهما فرض اهل مكة وحاضريها وهو من كان بينه وبينها الحرم بل بدون ثمانية واربعين ميلاً على الاصح
ولو عدل هؤلاء الى التمتع اختياراً لم يجز اذا كان الفرض المتعين عليهم القران او الافراد بالاصالة
او بالافساد ونحو ذلك والاجاز كما سيأتي ويجوز اضطراراً كما لو خافت الحيض المتاخر المانع
من العمرة المفردة قبل فوات الرفقة او خاف العجالة كضيق الوقت عن الاتيان بافعال العمرة
ثم الاحرام بالحج والاصارت مفردة الظ في اول الرواية ان هذه مسئلة ركه وهي سؤال وذي القعدة
وذو الحجة على راي هذا هو الاصح قال الجماعة النزاع لفظي وليس بظاهر لان الخلاف في مسمى اشهر الحج لا في
الاحكام المتعلقة بذلك وعدم الخلاف في الاحكام لا يقتضي عدمه في مسمى اللفظ من بطن مكة
اي فلا يجزي من خارجها وان كان من الحرم وافضله المقام او تحت الميزاب ولو يعرفه انه يتعين
ولا يسقط الدم هذا هو الاصح خلافاً للشيخ فانه قال بسقوطه وهذه عبارة ظ اذا احرم المتمتع من مكة
ومضى الى الميقات ومنه الى عرفات صح واعتقد الاحرام من الميقات ولا يلزمه دم قال في الدروس
ويعني به دم التمتع وهو يشعر انه لو انشأ الاحرام من الميقات لا دم عليه بطريق الاولى وهذا بناء على
ان دم التمتع جبران لا نسك وقد قطع في ط بانه نسك والاجماع على جواز الاكل منه يعني ولو كان
جبراناً لم يجز الاكل منه شروط التمتع أه قيل الاحرام بالعمرة من الميقات شرط آخر فكان يجب ان
يعده قلنا هو لازم بعد قوله يجب كونهما في سنة واحدة والاحرام بالحج من مكة فيبقى الاحرام بالعمرة
لازماً من موضع آخر ولا موضع سوى الميقات كما سيأتي فيتعين فلا يجزي الخروج من مكة الى
حيث يفتقر الى تجديد عمرة المراد به الخروج الى موضع يمضي به شهر من احلاله وان كان بعد زوال
الشمس يوم عرفة اذا علم ادراكها اي ادراك عرفة ومفهومه انه اذا لم يعلم ادراكها لا يجزي وينبغي ان
يقيد بادراكها الا بالعلم بادراكها ويزد عليه شيء وهو انه لو علم ادراك المشعر خاصة لو انشأ ح لا يجزي
انشاؤه واسعها يميناً وشمالاً اي واحلها يميناً واخر شمالاً بان يعلق في رمسه نعلاً قد صلى فيه
لابد من الصلاة فيه ولو كانت نفلاً في صحيحة معوية بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام يقلدها نعلاً خلقاً
قد صليت فيها وقد للتحقيق اذا دخلت على الماضي وهي مشترك بين البدنة وغيره فيه تسامح لانه
حقه وغيرها وللقارن والمفرد الطواف اذا دخلا مكة لكنهما يجددان التلبية استحباباً لعقيب صلوة
الطواف ولا يحلان لو تركاها على راي اما ان لهما الطواف فلا كلام فيه وكذا صحة حجهما مع فعل التلبية

عمد

عقيب صلوة الطواف كما في الرواية الصحيحة وهل هو على الفور ام التراخي لا تصريح باحدهما والاصل
يقتضي عدم الفورية والاحتياط يقتضيها انما الخلاف في انهما هل يحلان بتركهما ام لا والاصح انهما يحلان
بتركهما للروايات المعتبرة الدالة على ذلك فيجب التجديد ولا وجه لقول القائل بعدم الاحلال اذ قوله عليه السلم
انما لكل امرئ ما نوى لا يصلح لمعارضة الاخبار الصريحة فيما دلت على انه محلل كالحدث المخرج من الصلوة
على ان اعتبار النية لا يكاد يتحقق لان الطواف منهي عنه اذا قصد به التحلل فيكون فاسدا فلا يعتد به في
كونه محللا لعدم صدق حصول الطواف ح والرواية بالفرق بين القارن والمفرد ضعيفة فالاصح عدم
الفرق لكن على هذا القول لو تركا التلبية ما الذي يلزمهما في الرواية وعبارة الشيخ انه حجهما يصير عمرة فينقلب
متمتعا فعلى هذا هل يحتاج الى طواف اخر للعمرة ام لا كل منهما مشكل اما الاول فلانه لو احتيج اليه لم يكن لهذا
الطواف اثر في الاحلال وهو باطل واما الثاني فان اجزاءه عن احرام العمرة بغير نية ايضا معلوم
البطلان وعلى اي تقدير كان فينبغي الا يجزيه هذا الحج عن فرضه لانه خلاف المأمور به ولا اعلم في كلام
احد من الاصحاب تصريحا بشيء من ذلك وفي رواية ابي بصير ان المفرد اذا اهل بحجة الى التمتع وطاف
ثم لبى بطلت متعته وهي مبنية على انه بين الطواف والتلبية منافاة كما ان بين الطواف والاحرام منا قات
فكما لا يبقى هذا مع الاخر كذا العكس وكما يصير الحج هناك افرادا كذا يصير في مسئلتنا هذه متمتعا
وقيل المفرد خاصة اي دون القارن وقد اشرنا الى ضعف لبطلان الفعل لرواية بذلك والحق شرط
النية اي نية الاحلال بالطواف وهو ضعيف لبطلان الفعل ح فكيف يكون محللا وللمفرد بعد دخول
مكة العدول الى التمتع لا القارن لحق انه انما يجوز له ذلك اذا لم يتعين عليه باصل الشرع او بنذر وشبهه
فان تعين لم يجز فلا يجري العبارة على اطلاقها وعبارة الشيخ والجماعة مطلقة اعتمادا على اطلاق الا خبار
وهي معارضة باطلاق الاخبار الدالة على ان اهل مكة وحاضريها لا يجزيهم التمتع عن فرضهم الا سلام
لا القارن لان سياق الهدي مناف للمتعة ولا يخرج المجاور عن فرضه بل يخرج الى الميقات اي
المراد ميقات بلده وعزه من غير تفاوت الا اذا اقام ثلاث سنين فيصير في الثالثة كالمقيم اي لا يخرج
المجاور في حال من الاحوال الا اذا اقام الخ لكن الاصح انه اقامة سنتين كافية في انتقال فرضه خلافا للشيخ
وعبارة المص يقتضي اعتبار اقامة ثلاث وان كان قوله فيصير في الثالثة كالمقيم قد يقتضي الاكتفاء بالسنتين
فاول العبارة يدافع اخرها في نوع الحج ويحتمل العموم ظاهر الحزانه يصير كالمقيم في نوع الحج لانه الظاهر
من قوله عليه السلم في الرواية فهو من اهل مكة لا متعة له وايضا فان كونه من اهل مكة ظاهره انه يلحق بهم
والالحاق اعم من ان يكون في حكم واحد او في الجميع والتحقيق انا لا نجد قاطعا يدل على الحاقه بهم في جميع

الاحكام مثل تناول النذر لهم والوصية والوقف عليهم ونحو ذلك فلا يشترط الاستطاعة من بلده ظاهر
هذه العبارة ان هذا متفرع على عموم الحاق المجاوز بالمقيم ح كما فهمه الشارح وغيره وهو مشكل لان انتفاء هذا
الشرط يجب ان يكون مقطوعا فان انتفى الالحاق لان ثبوت شرط حج التمتع في حج القران والافراد لا يكاد
يعقل لامتناع اعتبار انتفاء المشروط وبقاء اعتبار الشرط مع مساعدة الاصل على ذلك وربما حملت
العبارة على ان قوله فلا يشترط الاستطاعة متفرع على قوله كالمقيم في نوع الحج وما بينهما اعتراض فيشكل
بعدم فهمه من العبارة فلو اريد منها لم يخل من تعسف ما وربما حملت على ان المراد بالعموم في قوله ويحتمل
العموم كونه في الامرين معا فقط اعني نوع الحج وانتفاء اشتراط الاستطاعة من بلده وهو خلاف الظاهر
ايضا والذي ينبغي الجزم بعدم اشتراط الاستطاعة من بلده ح ولو انعكس الفرض بان اقام المكي بعيدا عن
مكة فهل يخرج عن حكمه لم اظفر الى الآن بشيء وينبغي حوالة ذلك على العرف لانه من الامور العرفية ومثل هذا
الاطلاق لا مرجع له الا العرف فان تساويا تخير والظاهر انه لو اشتبه عليه الحال فلم يعلم هل كان
هناك اغلب ام لا تخير ايضا ولا يجب تجاوز للاخبار الدالة على وجوب الحج مرة واحدة من غير فرق
بين الناس وللاصل ولا هدي على القارن والمفرد اي باصل الشرع وان وجب على القارن هدي
الهدي بالسياق فان ذلك مستند الى فعله وربما حمل على ان المراد نفي هدي التمتع وهو تكلف لا حاجة
اليه ويصح من المميز مباشرة الحج وان لم يجزه المراد صحته تمرينا لا انه شرعي ويحتمل ان يريد به الصحة
حقيقة وقد سبق له في الصوم نحو ذلك والتحقيق انه تمرين ولو ارتكب المحظورات فالهدي على الولي اما
الهدي فلانه نسك هو احد افعال الحج الواجبات وقد وجب بسبب الولي فيتعلق الوجوب به واما
لوازم المحظورات فما يجب عمدا وسهوا وهو كفارة الاصطياد فيتعلق بالولي ايضا وما يجب عمدا لا
سهوا ككفارة التطيب واللبس لو فعل الصبي الموجب سهوا او جهلا لا كفارة قطعا لان البالغ لا كفارة
عليه في مثل هذه الحالة فالصبي اولى وان فعله عمدا ففي وجوب الكفارة وجهان يلتفتان الى ان عمد الصبي
عمدا وخطأ وقد اجروه في الديات هكذا وقواه ح بعد ان اختار وجوب كفارته على وليه محتجا بما
روي عنهم عليهم السلام من ان عمد الصبي وخطاه واحد ويمكن اختصاص ذلك بالديات لما ان في
القصاص خطر عظيم ولا يتدارك فائته بالدية ولا عموم لمثل هذا الحديث ليكون عمومه متمسكا في اسقاط الحكم
بالكفارة ولان الصبي اذا علم ذلك لم يبق له زاجر عن ارتكاب ما يحرم على المكلف من محرمات الاحرام ومما
يدل على ما قلناه دلالة ظاهرة انه يجب على الولي متعمدا من هذه المحرمات ولو كان فعله خطأ لما وجب عليه
المنع لان المخطي لا يتعلق به حكم اصلا ولا يجب على المكلفين منعه ففي الوجوب قوة الا القضاء لو جامع

في الرفع

في الفرج قبل الوقوف لحج استثناء من ان لوازم المحظورات على الولي وامّا كان القضاء عليه لانه لا يعقل صدق القضاء من غير تعلق به لان الفساد لا تدخله النيابة اختيارا بخلاف الكفارة وقد بنى الشيخ تعلق القضاء بالصبي وسقوطه على ما سبق في الكفارة والمعتمد الاول فان الوجوب عليه دون الولي اراد بالوجوب ما لا بد منه كالطهارة المترتبة على حدثه او الوجوب الحقيقي بعد بلوغه ولا يصح في الصبا بل بعد بلوغه انما يصح في الصبا لان فعله لا يوصف بالشرعية قبل قد سبق ان حجه صحيح فلم لا يجزي ولو قلنا بانه غير شرعي فاذا كان السبب غير شرعي فليكن المسبب مثله قلنا الافساد سبب في القضاء وكونه سببا ثابت شرعا فهو كالحدث للطهارة والجنابة للغسل فيجب ان يكون مسببه معتبرا في نظر الشارع ليسقط مقتضاه ولا يكون شرعيا الا بعد بلوغه وليس حجة الاول في الصبي هو السبب فاذا تعلق به مقتضى السبب وهو القضاء فوجب عليه فعله ويجب تقديم حج الاسلام عليه لان سببه اسبق اذ هو واجب باصل الشرع وهي الاوامر الشرعية المتقدمة على هذه الاسباب ففي اول بلوغه يتعلق به قبل تعلق غيرها ويجزي امر الكبير بالصيام لان الصبي بالنسبة الى الهدي فقير اذ لا يجوز صرفه من ماله ولا يجب في مال الولي لانه لا بد له بدلا تم به والانتقال الى البدل منوط بالفقر من الناسك لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم وقيل للام ولاية الاحرام بالطفل هذا القول قوي وبه رواية وقد اختاره في المختلف وعليه الفتوى والنفقة الزائدة لحج اي على نفقة الحضر الا ان يدرك عرفة او المشعر معتقا لابد من الاستطاعة للاجزاء في العبد اذا اعتق والصبي والمجنون اذا كملا ظاهرهم ان الاستطاعة المعتبرة هي من البلد وهي محل كلام ولو افسد واعتق بعد الموقفين الظرف متعلق باعتق لا بافسد وجبت البدنة والاكمال والقضاء وحجة الاسلام اما البدنة فلانه قد صار حرا واما وجوب حجة الاسلام مع القضاء فلان الحج الذي افسده لم يكن مجزيا له لعدم حصول الحرية قبل الموقفين وتقدمها لان سببها باصل الشرع فهي سابقة على ما وجب بالشروع فلو لم يعلم العبد صح حجه لان تكليفه برجوع المولى يقتضي تكليف الغافل وهو محال وما اشبهها برجوع الموكل قبل التصرف ولم يعلم الوكيل وللمولى ان يحلله على اشكال ينشأ من ان للمولى حقا حيث انه رجع قبل احرام العبد ولما لم يعلم برجوعه امتنع الحكم بفساد احرامه فيكون صحيحا وله ان يحلله جمعا بين الحقين ومن عموم قوله تع واتموا الحج والعمرة لله وفي هذه الاشكال نظر لان صحة الحج انما يكون لبطلان رجوع المولى قبل الاحرام حيث لم يعلم العبد اذ لا واسطة بين صحة الرجوع وبطلانه فان صح كان احراما بدون الاذن فلم ينعقد وان لم يصح الرجوع انعقد الاحرام لوقوعه بالاذن كما لو لم يرجع سواء فجواز التحليل لا وجه له اصلا لانتفاء حق المولى ح بالكلية والاحرام ليس من العبادات الجائزة وانما يجوز الخروج منه في مواضع مخصوصة استثنت شرعا ولم يتحقق ان هذا منها

الثاني الحرية

فاللازم اما الفساد من راس او علم جواز التحليل اصلًا   والفائدة تظهر في العتق قبل المشعر واباحة التحلل للمولى هذه لا تعلل فائدة لان اباحة التحليل ليس امرا زائدا على الحكم بان للمولى ان يحلله والصواب في العبارة ان يقول واباحة التحليل للمولى لا التحلل لانه لازم   ولو هاياه مولاه واحرم في نوبته فالاقوى الصحة ينبغي ان يكون المسئلة مفروضة فيما اذا كانت مدة المهاياة بحيث يتسع لجميع افعال الحج وان لا يكون فيه ضرر متوقع في نوبة المولى وان يكون ماذونا في السفر ان توقف الحج عليه وح فيجب القول بالصحة سواء اطلق له اللفظ في التصرف او عم له فيما يختار من التصرفات هذا ان لم نقل بوجوب كفارات الاحرام والافساد او وجوب التمكين منها والتمكين من القضاء على المولى الاذن في الاحرام فان قلنا بالوجوب لم يصح والاصح وسياتي انه لا يجب على المولى شيء من ذلك فيكون صحيحا   وللمولى التحليل مع قصورها اي مع قصور نوبة العبد على افعال الحج سواء ظن اتساعها لافعال الحج ثم تبين خلافه ام لا وبعد القول بصحة الاحرام ح الا ان يحمل التحليل على مجازه اعني الحكم ببطلان ما شرع فيه من الاحرام وغيره وح فيكون في قوة الاستثناء من اطلاق الحكم بصحة الاحرام في نوبته وان كان لا نخ من بعد وخفاء او يحمل قصور المدة على عروض مانع من الاتيان بجميع الافعال فيها من نحو مرض او علق الا ان الحكم بالتحليل هنا مشكل لان الاحرام من العبادات اللازمة لا الجائزة وجواز التحلل منحصر في مواضع استثناها الشارع فلا يتعداها لكن على ما احتمله المص من جواز تحليل المولى ماذونه اذا رجع قبل الشروع والعلم بجهة التحليل هنا بطريق اولى لانتفاء الاذن الصحيح هنا بخلافه ثم وعلى اطلاق الحكم بالصحة يحتاج الى التقييد بسعة النوبة وغيره من القيود السابقة   ولو افسد الماذون وجب القضاء على السيد التمكين على اشكال ولو تطيب الماذون او لبس فعليه الصوم وللمولى منعه لانه لم ياذن له فيه اما الصوم فلان الكفارة بغيره لا يتصور وجوبها عليه لعدم ملكه ولا على المولى خلافا للمفيد لان الماذون فيه هو الحج لا افساده وليس الافساد من لوازم معنى الحج بل من منافيات الماذون فيه لان الاذن في الفعل الخالي عن موجبات الكفارة حيث ان الاذن في العبادة الموجبة للثواب دون ما يترتب العقاب على فعله ومن ثم تبين علم وجوب تمكين السيد من الصوم واما القضاء فالفرق بينه وبين الكفارة ان القضاء هل هو الفرض والفاسد هو العقوبة ام بالعكس فعلى الثاني لا يجب التمكين لمثل ما قلناه سابقا وعلى الاول يحتمل الوجوب لان الاذن بمقتضى الافساد انصرف الى القضاء وقد لزم بالشروع فلزمه التمكين ويحتمل العدم لانه وان كان هو الفرض الا ان الاذن انما يتناول الاول خاصة وهو الذي حصل بالشروع فيه وليس للاذن بالحج دلالة على القضاء بوجه من الوجوه والاصح عدم الوجوب   اما الزاد فهو ان يملك الخ فيه تسامح فان ملك ذلك ليس هو الزاد   وثياب البذلة هي بالكسر ما يبتذل اي يمتهن والصيانة   ولو لم يجد الزاد والراحلة وامكنه الشراء وجب وان زاد عن ثمن المثل على راي الاصح الوجوب

الاستطاعة

ضح

ما لم يجحف بماله   ولو منع من دينه الخ سواء كان المنع حسيا او شرعيا   والمديون يجب عليه الحج ان فضل ماله
عما عليه وان كان موجلا بقدر الاستطاعة والا فلا اي ان فضل بقدر الاستطاعة والا فلا يجب وان كان الدين
موجلا فيكون قوله وان كان موجلا اعتراضا بين الجار ومتعلقه وجملة الاعتراض معطوفة على جملة محذوفة
وكان حقه ان تكون بعد قوله والا فلا لان ماله اذا فضل عن دينه بقدر الاستطاعة لا تكون بين مونة الحج
والدين مزاحمة اصلا فلا معنى لعطف الوجوب مع التاجيل بان الوصلية نعم على تقدير الافضل مقدار
ذلك قد يتوهم الوجوب ح لعدم توجه المطالبة بالدين ح فهذه الجملة لدفع التوهم المذكور   لا الى النكاح وان
احتاج اليه وشق تركه الا مع المشقة الشديدة المفضية الى الضرر فيجوز   ولا يجب الاقتراض للحج الا ان يفضل
ماله بقدر الحاجة هنا سوال يرد على هذه المسئلة ونظايرها مثل المحرم في المرأة والقايد في الاعمى والحافظ في
المبذر وبذل الزايد عن ثمن المثل او اجرة المثل في الآلات السفر صورته ان هذه شروط للواجب المشروط
فلا يجب تحصيلها لان شرط الواجب المشروط لا يجب تحصيل شرطه وحله بتحقيق المقام وذلك ان شرط الواجب
المشروط الذي لا يجب تحصيله هو الذي قرن به الامر اما غيره من الشروط الباقية فان الامر بالاضافة اليها
مطلق فيجب تحصيلها والامر بالحج مشروط بالاستطاعة فكما فكلما يكون داخلا في معنى الاستطاعة لا يجب
الحج الا اذا حصل اما غيره فيجب تحصيله مع القدرة وبدونه يسقط وجوب الحج والاقتراض ليس داخلا في الاستطاعة
قطعا اذا كان المال حاصلا وكذا القايد في الاعمى والدواء في المريض المحتاج اليه الذي لا يتضرر بالسفر والركوب
واراد بقوله الحاجة المستثناة ما سبق استثناوه كثياب البذلة والتجمل وفرس الركوب وغيرهما ولو كانت هذه
المستثنيات نفيسة يجتزي بما دونها فان كان حاله يقتضيها عادة فتكلف الاكتفاء بما دونها فالظاهر انه لا
يجب بيعها ولا يجزيه الحج لو باعها وحج بالفاضل عما يكتفي به   وفاقد الاستطاعة لو قدر على التكسب او وهب
قدرها او بعضها وبيده الباقي لم يجب الا مع القبول عطف قوله او بعضها على الاستطاعة اي وفاقد بعضها
وبيده الباقي لو قدر على تكسب البعض الآخر او وهبه لم يجب القبول وفيه تكلف خلاف كثير ويمكن ان
يكون معطوفا على قدرها اي لو قدر على التكسب قدرها او وهب قدرها او بعضها اي قدر على التكسب بعضها
او وهب بعضها فبيده الباقي فيكون كل من الصور مندرجا في قوله فاقد الاستطاعة لان الفقد صادق بان
لا يملك شيئا اصلا او يملك البعض وهذا احسن من الاول   ولو بذلت له او استوجر للمعونة بها او شرطت
له في الاجارة او بعضها بيده الباقي وجب يراد بقوله او بعضها في جميع المسائل ولا يخفى انه لا بد في الاجارة
والشرط من قبول ذلك ليتحقق العقد الملزم فلا يجب من دونه اما البذل لجموعها او لبعضها وبيده الباقي ففي
وجوب الحج بمجرده قولان اصحهما انه ان كان على وجه لازم كالنذر وجب والا لم يجب ما لم يقبل اشتراط في عقد

لازم ونحوه كما في الهبة وقول المص وجب اطلاقه لا يستقيم لان الاجارة لابد فيها من القبول اتفاقا فلا يجب بدونه
وليس الرجوع الى كفاية الخ الاصح انه لا يشترط ذلك لصدق الاستطاعة وليس في الرواية تصريح بذلك على
الشيخ والجماعة ويجب شراؤها مع وجود الثمن وان كثر الا ان يجحف او يضر به وعلف البهائم المملوكة
الخ لابد من تقييدها بكونها محتاجا اليها في الطريق او لكونها من المستثنيات والا فلا بعد من الاستطاعة
وصرفها عن نفقة عياله الواجبي النفقة والمحتاج اليهم الخ اى المحتاج اليهم ولا يجب نفقته كالخادم الذى لا
يشترط لكنه اذا لم ينفق عليه لذهب اوحج عنه من يطيق الحج مع الاستطاعة وبدونها الخ هذه العبارة
لا تخ من شئ لان من يطيق الحج كانه لا فائدة فيه فيكون مستدركا الا ان يتكلف لهما ما يصيرهما به سامحة ويجب
على الولد الحج وكذا العكس بطريق اولى وهل يجب على المتضرر الاستنابة الاقرب العدم سوق الكلام
يقتضي ان الحكم فيمن لم يسبق استقرار وجوب الحج في ذمته صرح في شرح الارشاد ونقله من استدلال
المخ ان وجوب الاستنابة في حق هذا الفرد لا كلام فيه والمرشد لتعليل ابن ادريس نفي الوجوب وقد
صرح الشيخ والمص بان وجوب الاستنابة انما هو مع الياس من زوال العذر اما معه فلا وهو واضح
والا لم يتحقق اعتبار التمكن من المسير في الاستطاعة في حق احد من المكلفين وهو معلوم البطلان وح
فالاصح الوجوب تمسكا بظاهر الآية والاخبار واذا برئ فقد صرح الشيخ والمص بوجوب الاعادة وهو
الاصح ويشكل بان الاستنابة ان كانت فرضه لم يجب حج اخر والا لم يجب الاستنابة للاخبار المرجحة لمصرحة
بان الحج في العمر مرة واحدة ولو استناب من يرجو زوال العذر جاز وان لم يجب واذا برئ فلا كلام في وجوب
الحج مع تحقق الاستطاعة ولو مات بعد البرء وقبل الحج وجب الاستيجار عنه وكذا القول في المايوس
من برئه ولو مات قبله فان استناب المايوس فلا شئ والا وجبت الاستنابة اما غير المايوس فقد صرح المص
بعدم وجوب الاستنابة بعد الموت وان لم يستنب قبله والممنوع بكبر او زمن بحيث لا يستمسك على الراحلة
او بعد وكالمريض في ذلك كله فان انفق الى قائد الى قوله ان الحج منه تبرعا قد سبق في جواب الاشكال
تنقيح ذلك وفي المبذل بزيادة فان المنع مستند اليه فان التبذير من فعله وهو قادر على تركه فاذا لم يفعل
كان هو المضيع للحج والمعضوب المراد به الضعيف النضو والزمن الذي لا حراك به والمحتاج
الى الزميل الزميل هو الرديف ولو لم يستمسك خلفه الخ نظم هذه العبارة غير جيد لان غير المستمسك
مطلقا هل يجب عليه الاستنابة ام لا اذا يئس من برئه فيه قولان واتصافات العبارة تقتضي ان يكون هذه
مسئلة مستانفة وفي الواقع هي بعض اقسام احكام المعضوب والاصح فيه ما قلناه في المريض ولو
احتاج الى حركة عنيفة الى قوله سقط هذه يقتضي ان المسائل كلها مفروضة فيمن لم يسبق الوجوب في

امكان المسير

وهذا فيمن لم يسبق
استقرار وجوب الحج في
ذمته قبل حصول المانع
اما اذا سبق فالظاهر من
كلام الاصحاب انه لا نزاع
في وجوب الاستيجار واذا
برئ ونفيت الاستطاعة
وجب الحج بنفسه على التقديرين
بخط

حج

٢٥٥

حقه فيسقط الحج مع الخوف على النفس من عدو او سبع ولا يجب الاستنابة على رأي يجب الاستنابة مع اليأس
من زواله اصلاً اعادة كما سلف في المريض والمغصوب على الاصح والا فلا وجميع ما سبق هناك آت هنا
ولو خاف على ماله سقط محترز قوله اولاً او المال في قوله امن الطريق ولو كان العدو لا يندفع الا بمال
ويمكن من التحمل به ففي سقوط الحج نظر اي ويمكن من يحمل الحج بالمال ولا يخفى ضعف هذا التركيب ومنشأ النظر
من الشك في دخول ذلك في الاستطاعة وعدمه فان قلنا بالاول يجب لفقد الاستطاعة والا وجب وفي السقوط
بعد للشك في دخول ذلك في الاستطاعة ولانه لو احتاج الى بذل المال لاصلاح الطريق او قنطرة الثنية ونحوها
لزم ان لا يجب والاصح الوجوب الا ان يجحف بماله وموضع التردد ما اذا لم يكن قد احرم فان احرم ثم عرض
المنع وجب البذل ولا يجب لو قال ابذل المال واذفع انت الفرق ان هذا تحصيل للشرط اعني الاستطاعة
اذا المال المبذول لا اشتباه في دخوله في الاستطاعة ولو وجد بذرقة باجرة ويمكن منها فالاقرب عدم الوجوب
البذرقة الخفرة وانما افتى بعدم الوجوب هنا لانه بعد بذل المال لا يتحقق امن الطريق الا بوجود البذرقة ولكنه
مع الحاج والاصح الوجوب كما سبق ولو افتقر الى القتال فالاقرب السقوط مع ظن السلامة المراد به
العلم المستفاد من العادات والاصح عدم الوجوب لما فيه من التغرير بالنفس ولانتفاء صدق الاستطاعة
ح ولو تساوت في الخوف سقط لكن لو توسط الطريق المخوف واستوى عوده وذهابه فليس ببعيد الوجوب
ويكون مكن توسط ارضاً مغصوبة يتعذر منعه من الخروج منها حيث تعلق غرض بالذهاب ولا ضرر زيادة
متوقعاً لعينه ولو تكلف الحج في موضع الخوف والمشقة الشديدة مع المرض ففي الاجزاء نظر وينبغي ان يقال
ان تحقق التكلف كونه مستطيعاً فقد تكلف بتحصيل كما لو قاتل العدو او بذل له مالاً عظيماً لا يجب بذله فذاك
وهو في موضعه فيجزي وان بقي المانع فلا ولو قدر وجب بشرط ان لا يلحقه مشقة شديدة لا يحمل مثلها
عادة من اقرب الاماكن الى الميقات على رأي بل من بلده الا ان لا يفي التركة به ويجب اقل اجرة او وسط
العدول مع الاحتمال على الظاهر ولو ضاقت التركة عن الدين واجرة المثل من اقرب الاماكن قسطت
عليهما بالنسبة هذا بناء على ان الاستيجار من اقرب الاماكن وعلى ما اخترناه فالتقسيط على الاجرة من بلده
لو مات الحاج بعد الاحرام ودخول الحرم اجزأ عنه اطلاق العبارة يتناول ما اذا عاد الى الحل بعد دخوله
الحرم ومات فيه لكن اورد المفيد رواية حكاها في المختلف تضمنت اعتبار موته في الحرم او دخول الحرم على
اشكال ينشأ من ان ذلك وقت في الجملة فيكفي مصيه في الوجوب ومن ان كونه وقتاً مشروط بالاحرام ودخوله
الحرم والاصح انه لا يكفي ذلك لان هذا انما يكفي اذا تحقق فعل الاحرام ودخول الحرم ولو مات اخرج من صلب
تركته وان لم يجب على اشكال بعيد لان الكافر لا يتصور القربة في حقه منه ولا عنه لامتناعها بالنسبة اليه

لا يبعد اول احدهما في العادة الا وسط العدول لانه يتمكن الاكثر مع امكان وصول البلد الاول في الزمان ... عادة الا ... الاول على الا ... الصحيح

فيمنع العبادات المشروطة وفي المرتد فطرة مانع آخر وهو خروج التركة عنه بارتداده فالاصح عدم
الاستيجار ولو عاد الى الاسلام وكانت ردته مليا اخرج عنه من تركته والا فلا الا ان يحل بركن اي عند ناكما
صح به في المنتهى ليس للمرأة ولا للعبد الحج تطوعا بدون اذن الزوج والمولى وكذا الولد بالنسبة الى والديه اذا
استدعى سفرا المشي للمستطيع افضل من الركوب مع عدم الضعف الا ان يقصد الموسر به تقليل النفقة فالركوب
افضل لرواية البزنطي عن ابي عبد الله عليه السلام قد بينا اشتراط التكليف والحرية والاسلام وقيل عليه ان كان

المطلب الخامس في شرايط النذر وشبهه

المراد شرايط نفس حج النذر فالحرية ليست شرطا وان كان المراد شرايط نفس النذر وشبهه فاشتراط الاسلام
في اليمين مخالف لما اختاره المص في كتاب اليمين واذن الزوج خاصة يرد عليه ان اذن الوالد في الولد ايضا كذلك
ان قلنا بعدم انعقاد يمينه من دون الاذن ولو قلنا بالانعقاد من دونه وللاب الحل فالزوج والمملوك ايضا كذلك
فلا وجه للفرق وفي الدروس في باب الحج توقف في ان النذر من الولد والزوج فالمملوك كاليمين في ذلك للشك
في تسميته يمينا وان النص انما ورد على اليمين وكيف كان فالفرق الذي فعله المص لا يتبين وجهه وللاب
حل يمين الولد بل لا ينعقد الا باذنه كالزوجة ولو اتسعت لاحدهما خاصة وللمتحجر الاسلام لسبق
سببها ولانه قد انكشف عدم صلاحية ذلك الزمان لتعلق النذر به ولو نذره اوافسده وهو معضوب قيل
وجبت الاستنابة فرض الافساد ظاهر الوقوع اما النذر فيشكل انعقاده لانه اذا نذر ما لا يستطيعه لا ينعقد
لامتناعه ولو نذر الاستيجار لم يكن للتوقف في وجوبه وجه وكيف كان فمتى تعذر عليه الحج بعد وجوبه وجب
الاستيجار عنه على الاصح ونقف موضع العبور لرواية السكوني المتضمنة الامر بالوقوف اذا عبر نهرا وقد
عمل بها الشيخ وجمع ولا باس بالعمل بها فلو اخل به لم يقدح في صحة الحج لعدم تناول النذر له لم يأثم ولو ركب
البعض فكذلك على راي هذا هو الاصح لعدم الاتيان بالمنذور ولو عجز الى فعله والا سقط على راي هذا هو
الاصح لتعذر المنذور ويستحب ان يحج راكبا ويسوق بدنة تنزيلا للرواية بذلك على الاستحباب ولو اطلق
فكذلك على راي هذا هو الاصح ولو عين كان قال لله على ان احج اي حجة كانت ففي اجزاء حجة الاسلام وجه لا يحج

شرايط النيابة

من قوة وهي ثلاثة سياتي اشتراط العدالة وقدرة الاجير وعلمه بافعال الحج لا فلا ينحصر فيما ذكره ولا المميز
على راي لا يصح نيابته مطلقا اذا كان الحج واجبا او مندوبا وقلنا ان افعاله غير شرعية وهو الاصح ولا عن
المخالف الا ان يكون ابا النائب هذا هو قول الشيخ واختاره المص في المخ وهو قوي المخالف منهي عن موادته
فكيف يجوز الحج عنه وافعاله لا ينفعه شيئا اذا مات على خلافه وما ورد من صحة عباداته مخصوص بما اذا استبصر
والاقرب اشتراط العدالة الحج يشترط بهذا المعنى وكذا القول في الصلاة والصوم فلا يحرم عليه اخذ الاجرة
لو علم من نفسه الفسق اذا اتى بالحج ويجوز لمن عليه حج ان يعتمر عن غيره لا حج ينبغي التقييد بما اذا لم ينافي

العورد

الفورية ولو انعكس صح ابشرط ان يكون الحجة المتاخرة متبرعًا بها او لاتجد الوصي من يستاجره عاجلاً والا تجه التاخير ويتعين الاصل قصدًا اي المنوب عنه عند كل فعل قول وقبله بعيد مقابل الباقي والعود اي الى البلد بان يقسط الاجرة على الجميع لان قطع المسافة داخل في الاجارة والضمير في قبله لعود الى دخول الحرم لكن يشكل بمن كان ساكنًا في الحرم اذا صار نايبًا واحرم ولا يجب اجابته لو ضمنه في المستقبل خلافًا للشيخ سواء كانت الاجارة مطلقة وقال الشيخان كان عليهما احد بقدر نصيب ما بقي من الطريق التي يودي فيها الحج الا ان يضمن العود لاداء ما وجب واختار المص في المنتهى وجوب الاتيان بالحج مرة ثانية واستحقاق الاجرة بكمالها وانه ليس للمستاجر الفسخ ان كانت الاجارة مطلقة وان كانت معينة كان له الفسخ والتحقيق ما قدمناه ولا اكمال الاجرة لو قصرت الحج لكن يستحب ويبرع الحي بري المبيت بخلاف الحي فانه لا بد من اذنه ويجب امتثال الشرط وان كان طريقًا مع العوض وعليه رد التفاوت لا معه سواء كان الغرض دينيًا كزيارة وطول طريق يحصل به الاجر او دنيويًا كتجارة ويفهم منه انه لو انتفى الغرض من اشتراطه وعلم بالقراين انه هو وغيره سواء عند المستاجر لم يجب سلوكه وصح ولا ينقص من الاجرة بسببه شيء خلافًا للمص في المختلف وعليه يتنزل صحيحة حريز عن ابي عبد الله عليه السلم ولو اخل بالشرط حيث يجب الوفاء به كالطريق مع تعلق الغرض به وجب رد التفاوت من الاجرة بان يقسط اجرة المثل للمشترط والماتي به وقدر التفاوت ويوخذ من المسمي بنسبته اجرة المشترط خلافًا للشيخ اذا لم يوجب شيئًا فالضمير في قول المص لا معه يعود الى الامتثال اي لا مع الامتثال والانقا ل لا يستحق اجرة لانه لم ياتي بالمستاجر عليه لانا نقول استوجر على عملين فاتى باحدهما فيستحق نصيبه من المسمى

ولو عدل الى التمتع عن قسميه وتعلق الغرض بالافضل اجزأ المراد بتعلق الغرض بالافضل ان لا يكون غير التمتع معينًا عليه بنذر وشبهه او لكونه من حاضري مكة وقد وجب عليه احد النوعين بل استاجر بحج وعلم منه انه لا يابى الافضل لكنه سمى غير التمتع فانه يصح ولا ينقص من اجرته شيء وعليه يتنزل صحيحة ابي نصر عن ابي عبد الله عليه السلم والا فلا ولا يستحق اجرًا لانه لم ياتي بشيء من المستاجر عليه ويجوز النيابة في الطواف عن الغايب والمعذور لا يدخل في عبارته الحايض وان توقف في جواز الاستنابة عنها مع حضورها نظرًا الى عدم دلالة النص على ذلك في حقها وان شاركت غيرها من المعذورين الذين ورد النص على جواز الاستيجار عنهم وللتوقف في ذلك مجال وان كان مع الضرورة الشديدة التي يفضي الى انقطاعها عن اهلها في البلاد النا بية لا يبعد القول بالاستيجار لا عمن انتفى عنه الوصفان اي كل منهما فلا اشكال والحامل والمحمول وان تعدد يحتسبان وان كان باجرة على اشكال اذا كان تبرعًا يحتسبان وكذا لو كان باجرة لكن استاجره ليحمله في طوافه والا فلا احتسب للمحمول خاصة لاستحقاق قطع المسافة بالاجارة فلا يجزي عن فرض الحامل وعليه يتنزل صحيحة

او فعله لانفساخ الاجارة ح الفاسد علام الصلاح وفيه ان الفسخ انما هو في البلاق الطلق ص

حفص بن البختري عن الصادق عليه السلام ولو احصر تحلل بالهدي ولا قضاء عليه وان كانت الاجارة مطلقة على اشكال
الاصح ان الاجارة ان تعينت بعام الاحصار انفسخت وان كانت مطلقة لم تنفسخ لعدم تشخص الزمان خلافا
للشيخ لكن لكل منهما الفسخ ويراعي الولي المصلحة وقول المص ولا قضاء عليه يحتمل ان يراد به الانفساخ فينتفي
وجوب القضاء وان يراد به التسلط على الفسخ في المطلقة فان القضاء لا يتحتم على التقدير لكن قوله وان كان الحج ندبا الخ
يشعر بارادة الاول وان كان ندبا عن المستاجر تخير والا وجب الاستيجار اي يخير المستاجر في الاستيجار
مرة اخرى وعدمه وان لم يكن ندبا تحتم الاستيجار ومقتضاه كون العقد الاول قد انفسخ وعلى الاجير رد
الباقي من الطريق اي ما قابل من الاجرة خلافا للشيخ اذ اوجب له اجرة مثل ما فعل وهذا كله لان المانع من
الاتمام ليس من قبل الاجير ولمن عليه حجة الاسلام الى قوله مع العذر وجه عدم ثبوت الترتيب بينهما وان كان
حج الاسلام لا يجوز تاخيره فان لم يعين القدر اخرج اقل ما يستاجر به من اقرب الاماكن الى الميقات من اقرب مسائل
الاماكن مع ضيق التركة اما وجوب الاستيجار باقل ما يمكن ان يستاجر به فلا يبعد ان يقال الاطلاق
يحمل على اجرة المثل الغالبة في العادة كما نقول في ثمن المثل اما اقل ما يستاجر به لافراد المكلفين فيبعد القول
بتحتمه لانه يقتضي عدم جواز الاستيجار بالاجرة الغالبة اذا امكن اقل منها نادرا ومثل هذا قد يستفاد من عبارة
المنتهى وعبارة المص في هذا الكتاب في اول المسائل السابقة قبل هذه قد ينافي ما هنا ولو قصر عن الاقل
عاد ميراثا على راي هذا هو الاصح لعدم خصوصيته لكن هذا اذا لم يتمكن الوصي من اخراج الوصية ثم طرأ
القصور بعد ذلك بحدوث زيادة الاجرة فانه يبعد القول بعوده ميراثا هنا فان خالف ما شرط فلا اجرة
له ليس على اطلاقه بل هو مقيد بما اذا كان الاخلال بالشرط مقتضيا للاخلال بالمستاجر عليه بان لم يات بشيء مما استوجر
عليه كما لو عدل من نوع الى نوع اما مع ذلك فانه يستحق بالنسبة من المسمى ولو اوصى بحج وغيره قدم الواجب
ولو وجب الكل قسمت التركة بالحصص مع القصور هذا اذا استوت الواجبات في خروجها من الاصل او من
الثلث ولم يرتب في هذا القسم فان كان فيها ما يخرج من الاصل قدم على ما يخرج من الثلث ولو اشتركت كلها في
الخروج من الثلث ورتب بدئ بالاول فالاول ولو علم قصد التكرار كرر حتى يستوفي الثلث حملا للروايتين
كما لو كان صلاة مقتضيه على ذلك ولو كان عليه حج الاسلام واوصى بهذه الوصية اخرج اولا ثم كرر الحج بقدر الثلث للمستودع بعد
موت المودع المشغول بحجة واجبة اقتطاع الاجرة ويستاجر مع علمه بمنع الوارث اصل هذا الحكم مستفاد
من رواية العجلي عن الصادق عليه السلام وليس في الرواية منع الوارث لكن نزلها الاصحاب عليه حذرا من
التصرف في مال الغير بغير اذنه لغير مقتض وتضمنت ان المستودع يحج لكن القول بجواز الاستيجار قد يقال
يثبت بطريق اولى وجزم بعضهم بوجوب استيذان الحاكم اذا امكن ولا باس به قاله في الدروس وطرد بعض

وكذا منه لو كانت الوصية بالحج سابقة على بعض

الاستيجار

الاصحاب للحكم في غير الوديعة كالدين والغصب والامانة الشرعية ولو تعدد الودعي امكن توزيع الاجرة وكونها
كفروض الكفايات وان لخرج كل منهم امكن تضمين كله منهم ما زاد على حصته ومع السبق تضمين اللاحق وهل
يتعدى الحكم الى غير حجة الاسلام كالنذر والعمرة وقضاء الدين والكفارة والزكاة والخمس يحتمل ذلك وظني ان التوقف قف
عن ذلك اولى قصرا للرواية المخالفة للاصل على موردها نعم لو امكن استيذان الحاكم في الجميع ظاهر
وعلم بافعال الحج المفهوم منه اعتبار العلم بها تفصيلا والظاهر الاكتفاء بالاجمالي بشرط ان يتعلمها بعد ذلك او
يكون مع مسدد يوقفه على فعل فعل ويجب ايضا اخلالها من ذلك لها او التقليد لمن يجوز تقليده وكذا يجب
هذا على كل حاج بل مع اول رفقة ينبغي ان يكون هذا مقيدا بما اذا كانت الرفقة هي المعتادة وجهادا لها
او لم يتوقع خروج غيرهم ولو خرجت الرفقة قبل الزمان المعتاد كالمسافرين في البحر في رجب مثلا يطلبون
المجاورة فالظاهر عدم وجوب الخروج معهم اذا كانت القافلة المعتادة وجهها متوقعا سيرها على العادة مع
امكان وجوب الخروج لامكان عروض مانع ويبعد بان اطلاق الاجارة يحمل على المعتاد الغالب فلو لم يحج
في المعينة انفسخت الاجارة ولو كانت في الذمة لم ينفسخ لكن لكل منهما الفسخ في المطلقة اذا لم يكن التاخير
من قبل الاجير فان كان من قبله لم يكن له هو اختيار الفسخ فاحرم بعمرة عن نفسه واكملها ثم احرم بحج
عن المستاجر من الميقات اجزاء احرامه بالعمرة لا لخلل اما ان يكون مع ظن امكان العود الى الميقات ظنا
مستندا الى العادة مع اتساع الزمان اولا وعلى التقديرين فاما ان يكون المستاجر قد شرط عليه الاحرام
من الميقات اولا فهنا صور اربع فان ظن العود الى الميقات ففي جواز الاعتماد لنفسه نظر وقول المص فيما
سبق يلزمه المبادرة مع اول رفقة يقتضي العدم وان لم يظن لم يجز قطعا فان عاد واحرم من الميقات
فلا يجب والا ففي صحة احرامه من مكة او مما دونه الميقات على حسب ما يمكنه نظر لاطلاق قول الاصحاب ان
من تجاوز الميقات عامدا لا نسك فيه وقد نبه على ذلك في الدروس قال الا ان يفرق بين المعتمد عن نفسه
وغيره والفرق غير ظاهر نعم يمكن ان يفرق بين من تجاوز بغير احرام اصلا وبين من احرم بنسك آخر فان قلنا
بعدم المنافاة من هذا الوجه ففي صحته عن الاجارة توقف لان المستاجر عليه هو ما يكون احرامه من الميقات
لاسيما اذا اشترط ذلك في عقد الاجارة الا ان يقال ان عقد الاجارة وان اقتضى ذلك الا انه اذا اتى بالحج بحيث
يكون صحيحا شرعا لا يقدح فيه الاخلال ببعض الامور المشترطة لغيره اذا لم يكن قادحا في الصحة كما لو لم يدرك
من وقوف عرفة الا الاضطراري مع اختياري الآخر مثلا فان ذلك لا يقدح في وقوع الحج عن المستاجر وانه
كان عقد الاجارة محمولا على الاختياري وكذا القول في باقي الافعال حتى لو فعل محرما كلبس مخيط ونحو ذلك
لا يخل بوقوعه عن المستاجر فكذا هنا بقي شيء وهو ان عمرة المستاجر لنفسه هل توصف بالصحة حتى يحرم عليه

الاتيان بها لتحريم الاحرام بحج النيابة فيه تردد يلتفت الى تعلق النية بها وعدمه وفي الصحة قوة وفي احتساب
المسافة نظر ينشأ من صرفه الى نفسه الخ اي من صرفه الاحرام من الميقات الى نفسه وفيه مناقشة من حيث
ان المرجع غير واضح وقد يناقش من جهة اطلاق الصرف على ذلك ولا مناقشة لان النية تصرف الفعل بعد ان
كان صالحا لوجوه معينة الى وجه آخر ويمكن عود الضمير الى قطع المسافة لانه تصرف فائدته اليه وهي الاحرام
من الميقات قد صرفه الى نفسه وفيه ما سبق فيسقط من المسمى بنسبة التفاوت اي من المسمى في الاجا ره
والمراد نسبة التفاوت بين اجرتي المثل للحجين المذكورتين من اجرة المثل للحج الواقع احرامه من الميقات
فان كان ربعها مثلا اخذ من المسمى الربع فلو كان المسمى مائة واجرة المثل العليا مائتين والدنيا مائة وخمسين
اخذ من المسمى خمسة وعشرون اعلم ان هذه المسألة قد تنافي بظاهرها ما سبق من قوله فان خالف ما شرط
فلا اجرة وهو الوجه ان قصد بقطع المسافة للحج لم يذكر حكم ما اذا قطعها لهما معا وهو مشكل والحق وجوب
رد التفاوت في اصل المسألة خلافا للشيخ واحتساب المسافة ان قطعها للمستاجر يحلل بعمرة عن نفسه لا
نقلابه اليه قد يناقش في ذلك لان تحلله بعمرة غير موقوف على انقلاب الاحرام اليه لان محرمات الاحرام متعلقة
به والمحلل عنها مستاجر عليه والاقرب ان له من المسمى بنسبة ما فعل هذا هو الاصح خلافا للشيخ حيث اعتبره
قدره من اجرة المثل ويشكل بانه ربما يساوي المسمى فيلزم الضرر فان كانت معينة انفسخت هذا
يبتني على ان الفرض في الفاسدة هو القضاء والفاسدة عقوبة ولو قلنا بالعكس وهو الاصح كما سيأتي فلا فسخ
ولا انفساخ وعلى المستاجر استيجاره او غيره ربما نوقش في استيجاره بعد لاشتراط العدالة كما سبق ولا
مناقشة لانه لا يخرج من العدالة بذلك وان كانت مطلقة في الذمة لم ينفسخ وعليه بعد القضاء حج النيا بة
هذا ايضا مبني على ان الفاسدة عقوبة لكن لا يتجه على هذا القول وجوب حجة اخرى للنيابة بعد القضاء لانها
كانت العقوبة اجزأت الاخرى عن الفرض وبه صرح شيخنا الشهيد والاصح ان الاولى هي الفرض فلا شيء سوى
القضاء جزما وليس للمستاجر الفسخ على ما اختاره من ان الفاسدة لا تجزي وان من احصر يتحلل وينفسخ
الاجارة بالنسبة اليه مع الاطلاق على الاشكال السابق كما يستفاد من ظاهر قوله والا وجب الاستيجار يجب ان
ينفسخ وعلى ما اخترناه هناك من ان لكل منهما الفسخ يجب ان يكون للمستاجر الفسخ هنا اذا قلنا ان الاولى
عقوبة فان اهمل لم ينفسخ هل هو جيد لكن ينبغي ان يكون للمستاجر الفسخ ولو شرط التاجيل عاما
او ازيد جاز بشرط ان لا يتمكن الوصي والوكيل من استيجار من يحج قبل ذلك بالشرائط المعتبرة فان زاد
عن المثل او كان الحج ندبا ولم يخرج من الثلث اخرج ما يحتمله الثلث اي فان زاد القدر عن اجرة المثل في الوا جب
لاقل ما يجري الاستيجار به لو لم يوص او كان الحج ندبا ولم يخرج الزائد الذي دل عليه زاد تضمنا في الواجب ومجموع

الاجرة

الاجرة في المندوب اجزح ما يحتمله الثلث من الامرين ويحتمل باجرة المثل التفصيل لا باس به وهو ان تعلق غرض
الموصي بالمعين فقد تعذرت الوصية فتستاجر غيره باجرة المثل وان لم يتعلق غرضه بخصوصه استوجر غيره
بتلك القدر لان تعيين الموصي له كلا تعيين على ما فرضنا فينفذ القدر لانه الموصي به في الحقيقة ولا يجوز الاخلال
بالوصية برحج كما يجوز الاخلال بالوصية اصلا وان اطلق القدر استوجر باقل ما يوجد من يحج عنه مثله اي
استوجر الشخص المعين باقل شيء يوجد من يحج به عنه مثل ذلك الشخص اذا لم يزد الفاصل عن المثل في الواجب
ومجموع الاجرة في المندوب عن الثلث فان لم يرض المعين استوجر غيره اي بما يليق من الاجرة وهي الاجرة
الغالبة عادة مع رعاية حال الشخص وعدم التجاوز من اقل المجزي الى غيره الا مع التعذر الواجب فيها ستة
عشر الذي عليه سبعة عشر الا ان يراد عدا لو قوفين واجبا وهو بعيد ويستحب امام التوجه الصدقة في
صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال قال ابو عبد الله عليه السلام تصدق واخرج اي يوم شئت وفي صحيحة حماد بن عثما ن
عنه عليه السلام وقد ساله ايكره السفر في شيء من الايام المكروهة مثل الاربعاء وغيره فقال افتتح سفرك بالصدقة واخرج
اذا بدا لك وصلاة ركعتين يقرا فيهما ما شاء من القرآن ذكره في المنتهى والوقوف على باب داره تلقاء وجهه الذي
يتوجه له لاهل العراق العقيق كله ميقات من اين احرم منه صرح به المصنف وغيره وافضله المسلخ
تقف على شيء يعتمد عليه في ضبط الحاء بالمهملة او المعجمة ثم غمرة ولم يجد في كون الميم ساكنا او غيره شيئا يعول عليه
ثم ذات عرق يجوز الاحرام منها اختيارا خلافا لابن بابويه ونقل في المنتهى عن سعيد بن جبير انها كانت
قرية ثم خربت وصارت القرية في موضع آخر والمقابر في موضع الاول ولاهل المدينة مسجد الشجرة اختيارا
المراد به نفس المسجد على ما يتبادر من العبارة وفي الاخبار ان الميقات ذو الحليفة وهو بضم الحاء وفتح اللام موضع
على ستة اميال من المدينة وهو ماء لبني جشم ميقات للمدينة والشام قاله في القاموس فيكون الميقات هو هذا
لا نفس المسجد وفي حواشي شيخنا الشهيد ان المشهور في الروايات ان الاحرام من الوادي المسجد بذي الحليفة
وكيف كان فالاقتصار على المسجد احوط وجواز الموضع كله لا يكاد يندفع واضطرارا الجحفة هذا اذا بلغ
الحاج ذا الحليفة فانه يمتنع العدول الى الجحفة الا اضطرارا والا فلا حجر عليه لو عدل عن الطريق مدنيا كان او غيره
لعموم كون هذه المواقيت لاهلها ولمن يمر بها ولو عدله اختيارا بعد المرور على ذي الحليفة الى الجحفة او ذات
عرق قال في الدروس اساء واجزاء واطلاق النصوص الدالة على ان هذه مواقيت لكل من مر بها ولا منافاة
بين تحريم العدول واجزاء الاحرام منها وهي المهيعة هي بفتح الميم واسكان الهاء وفتح الياء المثناة من
تحت والعين المهملة الموضع الواسع وهي في الاصل كانت ثم خربت فالمعتبر موضعها ولليمن جبل
يقال له يلملم ويرمرم وللطائف قرن المنازل هو بفتح القاف واسكان الراء جبل صغير وفي الصحاح ان الراء

باب في افعال التمتع

باب المواقيت

محركة احناء من مضر حنظلة

مفتوحة وان اوليا منسوب اليه ومن منزله اقرب من الميقات منزله المراد الى مكة كما هو مصرح به فى الاخبار
ويجرد الصبيان من فخ في بئر على نحو فرسخ عن مكة وظاهر العبارة ان التجريد من المخيط من فخ فيكون المراد الاحرام
من الميقات كغيرهم واختار فى الدروس تاخير الاحرام الى فخ فيكون المراد من تاخير التجريد تاخير الاحرام والظاهر هـ
الاول لان الميقات موضع الاحرام فلا يتجاوزه احد الا محرما والذى فى الاخبار تاخير التجريد دون غيره وهذا
رخصة فمن حج على طريق المدينة اما غيره فمن الميقات كسائر المحرمين كما صرح به فى الكتاب ويستحب من
الجعرانة هي بكسر الجيم واسكان العين وبكسر هما وتشديد الراء موضع بين مكة و الطائف الحديبية بخفف
وبثقل ولو لم يؤد الى المحاذاة فالاقرب انشاء الاحرام من ادنى الحل ويحتمل مساواة اقرب المواقيت هذا ليس
ببعيد مصيرا الى مساواة قدر الميقات عند تعذره الا الناذر لو قيع الحج فى اشهره قال ابن ادريس لا يجوز مطلقا
وان كان ناذرا لان نذر ما لا شرع لا ينعقد والاصح الانعقاد للروايات المعتبرة ومنها صحيحة الحلبي لكن ان كان
الاحرام للحج اشترط كونه فى اشهر الحج لامتناع وقوعه قبلها وكذا عمرة التمتع اما العمرة المفردة فمتى نذر احرامها
قبل الميقات انعقد وصح فى جميع السنة او لمعتمر مفردة فى رجب وقد بان عمرة رجب تلي الحج فى الفضل فلذا
خاف تقضيه واراد ادراك احرامها فيه شرع له الاحرام قبل الميقات للنص والاجماع ولو دخل مكة خرج
الى الميقات ولو خرج الى ميقات آخر فالظاهر الاجزاء لعموم كونها مواقيت لكل من مر بها وكذا الناسي
وكذا الجاهل ومن لا يريد النسك لو اراد دخول مكة دون النسك فظاهرهم انه كغيره اذ يجب عليه الاحرام
بعمرة مفردة اذ لا يجوز الدخول بغير احرام الا المتكرر والمعذور فلو اخل بالاحرام ح وتعذر العود ففي تحريم
الدخول ح وعدم الاكتفاء بالاحرام من ادنى الحل نظر ولو تعمد التاخير لم يصح احرامه الا من الميقات وان
تعذر فلا نسك له عندنا ولو احرم المتعمد من ميقات آخر اجزاء واختاره فى الدروس وناسي الاحرام
اذا اكمل المناسك يجزيه على راى الحق انه ان كان المنسي النية وان كان المنسي التلبيات اجزاء والاخبار لا بد ل
على اكثر من ذلك ولا يقدح فى صحة الاحرام ترك التجرد ولبس ثوبي الاحرام واختار المص فى المخ ان الاحرام
مركب من اللبس والنية والتلبية وهو بعيد ولو لم يتمكن من الاحرام لمرض وغيره احرم عنه وليه يشكل
ذلك بان المريض مكلف يقدر على النية والتلبية فلا يتصور نيابة الولي عنه فيهما او تعذر نزع المخيط لا يخل
بالاحرام نعم لو كان مجنونا او مغمى عليه احرم عنه وليه واذا افاق قبل الموقفين اجزاه عن حجة الاسلام مع
الاستطاعة من اول ذى القعدة للمتمتع يستحب له ولغيره ويقدم لو خاف فقد الماء اى يقدم على
الميقات لو خاف فقده فى الميقات والى لم يجر لبس فى كلامهم تحديد لاجزائه ويمكن الاقتصار به على اليوم او
الليلة ويكون التقديم هو الرخصة ولو احدث فاشكال ينشأ من التنبيه بالادنى على الاعلى فى كونه كذلك

نظر لمنع كون الحدث اقوى من النوم وعدم الاستحباب اظهر لعدم الدليل   وانما المعتبر اشكال هو
الاول فى الصحة والثانى فى الكمال ويظهر الفائدة فى عد الشهر من حين احرامه ان قلنا به وفيمن نذر الاحرام
بعد الاول فانه يبرأ بالثانى وفى جعلها عمرة التمتع اذا كان الثانى قد وقع فى الاشهر خاصة اما الكفارة
فيجب على التقديرين والحق ان اعتبار الثانى انما هو بالكمال وهما اشبه بالصلوة المعادة والظاهر انه
ينوى بالاحرام الثانى ما نوى به بالاول حتى الوجوب لو كان واجبا ولولا هذا لم يكن للتردد فى ان ايهما
المعتبر وجه   والافضلية ولو كانت مقضية واطلاق الفريضة يتناول نحو الكسوف   وتقدم نافلة
الاحرام على الفريضة مع السعة اى ثم يصلى الفريضة ثم يحرم ومع الضيق يقتصر على الاحرام عقيب الفريضة
من حج الاسلام او غيره ويندرج فى غيره عمرة التمتع والافراد للاسلام وغيره وحج النذر والافساد
والنيابة وغيرها   متمتعا او غيره قيل عليه لا دلالة فى العبارة على وجوب قصد كونه متمتعا فى النية لان
المعنى القصد الى ما ذكر متمتعا كان او غيره   ويبطل الاحرام بتركها عمدا وسهوا قد يقال ما سبق
من ان ناسى الاحرام حتى اتى بالمناسك يجزيه ما فعل ينافى ما ذكره هنا من بطلان الاحرام الخ ويمكن
الجواب بان بطلان الاحرام لا يخل بصحة المناسك اذا اتى بها الناسى فلا منافاة   ولو نوى الاحرام
ولم يعين حجا ولا عمرة او نواهما معا فالاقرب البطلان وان كان فى اشهر الحج حاوله بقوله وان كان فى
اشهر الحج الاعتذار بالرد على ابن ابى عقيل ومن وافقه القائل بجواز الاحرام بالحج والعمرة معا مع سياق
الهدى وهو تفسير القران عنده ولا يتحلل من العمرة حتى يأتى بافعال الحج ويجزيه سعيه الاول عن سعيه
للزيارة والاصح البطلان فى المسئلتين اما الاولى فلانتفاء النية التى هى شرط الصحة فان لكل امرئ ما
نوى واما الثانى فلدلالة الاخبار على المنع منه والنهى يقتضى الفساد   ولو نسى ما عينه تخير اذا لم يلزمه
احدهما ان لزمه احدهما صرف اليه عملا بالظاهر والا فلا سبيل الى الحكم بالخروج من الاحرام بعد الحكم بانعقا ده
ولا ترجيح لاحدهما على الآخر فيتخير بينهما   وكذا لو شك هل احرم بهما او باحدهما اى وكذا يتخير
بينهما لو شك الخ ووجهه انه لا طريق اليه لو تعين ما احرم به ولا يبطل الاحرام اذا حكم بصحته اذ ليس بفعل   كان
جاز هذا اذا لم يكن بعد الطواف فان كان بعده تعين للتمتع كما قاله المص قال فى الدروس وهو حسن ان لم يتعين
عليه غيره والا صرف اليه ويشكل اصل الحكم بانه مع الشك فى وقوع النية صحيحة كيف يحكم بالصحة   ولو قال
كاحرام فلان صح ان علم حال النية صفته والا فالظاهر الجزم على علمه الشرط للصحة وان لم يعلم الصفة حال النية
وهو اختيار الشيخ وذهب اليه جماعة واختاره فى الدروس قال فان لم ينكشف له حاله تمتع احتياطا
ولما ذكره المص هنا احوط لكن ينبغى ان يعتبر مع علمه صفة احرام فلان قصده اليه على وجه يكونه

لبيك اي اجابة بعد اجابة او اخلاصا بعد اخلاص او اقامة بعد اقامة بخط

الامور المعتبرة في النية قصدها حاصلة وصورتها الى الواجب هو التلبيات الاربع ووجوب زيادة ان
الحمد الى احوط الاخرس يشير مع عقد قلبه بها اي يشير باصبعه ويجب ان يحرك لسانه بها ايضا ويجب
المقارنة بالتلبيات كالمقارنة بتكبيرة الاحرام او التقليد المشترك بينهما في العبارة مناقشة لان الضمير في بينهما
ان كان للبدن فلابد من ذكر المشارك لها وان عاد الى البدن وغيرها عاد الى غير مذكور ويتوشح بالاخر
ويرتدي به التوشح تغطية احد المنكبين والارتداء تغطيتهما كذا ذكره الشيخ نقله الشهيد في حواشيه
والاقرب جواز الحرير للنساء هذا اصح للرواية الصحيحة الصريحة ويلبس القباء منكوسا لو فقدهما المراد
بكونه منكوسا كون ذيله على الكتفين كما فسر في رواية البزنطي وفي اخرى انه عكسه بقلبه وفيهما ما يدل على ان
المراد جعل باطنه ظاهره ولا يخرج بذلك من كونه في كل من التفسيرين معتبرا على الاصح ولو اخرج بذلك من
كونه لزمته كفارة لبس المخيط لا قبله لتحقق النهي الخ ويستحب رفع الصوت بالتلبية للرجل اي في التلبية
مطلقا الا ما يستثنى ويجددها عند حادث كنوم اي وجود علامة او ارادة فعله ومشاهدة بيوت مكة
للمتمتع وحدها عقبة المدنيين في اعلى مكة وعقبة ذي طوى في اسفلها وان كان خرج من مكة اي ان كان
خرج منها للاحرام بالعمرة وخير الصدوق في المفردة بين قطعها عند مشاهدة الكعبة ودخول الحرم لاختلاف
الاخبار ونزلها الشيخ على اختلاف حال المعتمر وهو الاصح والجهر بالتلبية للحاج على طريق المدينة حيث
يحرم للراجل وعند علو راحلته البيداء للراكب هذا كالمنقح لما سبق من استحباب رفع الصوت بالتلبية للرجل
وبيانه ان الحاج على طريق المدينة انما يرفع صوته بالتلبية اذا كان راكبا اذا علت راحلته البيداء وهي الارض
التي يخسف بجيش السفياني على ميل من مسجد الشجرة اقتداء بالنبي صلى الله عليه وآله فانه هكذا فعل وهذه
غير التلبية التي يعقد بها الاحرام في الميقات لامتناع تاخير الاحرام عنه وامتناع عقده بغير التلبية فيعقد بها
هناك سرا كما نبه عليه في المنتهى واما الراجل فحيث يحرم ومن حج على غير طريق المدينة فموضع احرامه
يرفع صوته والاشتراط بان يحله حيث حبسه الى المفهوم من الاخبار ان محل الاشتراط قبل النية لانه
مذكور في الدعاء الذي يستحب عند ارادة الاحرام وفي بعض الاخبار ما يدل على ذكره في التلبيات وليس
منطوقنا ويمكن ذكره في خلال النية كما صرح به بعض الاصحاب في الشرط في الاعتكاف المندوب والظاهر
اجزاء الجميع حتى الثاني لان التلبية هي التي بها يتحقق عقد الاحرام ولم اجد لاحد من الاصحاب تصريحا
بشيء من ذلك والنوم عليها اي على المصبوغة بالسواد الى والنقاب للمرأة الاصح انه يحرم بل القول
يا سعد اي يقول هذا اللفظ في جواب المنادي كما وردت به الرواية وشم الرياحين الاصح انه يحرم
للرواية الا المنكر كالحطاب في المنتهى ان البريد لا يجب عليه الاحرام لدخولها على اشكال وينبغي اعتبار

صدق التكرر وعدمه ويستثنى العبد لانه لا يجوز له انشاء الاحرام الا باذن السيد ومن سبق له احرام قبل
مضي شهر من احرامه او احلاله على اشكال اي من احرامه على اشكال او من احلاله كذلك فانه لا معنى للتردد دبل
بين الامرين وكونه على اشكال والاصح انه من احلاله لانه ما دام محرما لا يطلب منه الاحرام لدخولها ولو بقي
شهرين واريد فامتنع ارادة الشهر من الاحرام في هذا القسم ويلزم مثله في الباقي لعلم الفاضل قيل فيه
نظر لان موضع النزاع انما هو المحل دون المحرم الا ان ترجيح اعتبار الاخلال يتحقق لمساعدة الاصل اذ
الاصل براءة الذمة من زيادة التكليف ولو تركته الحائض ظنا انه لا يجوز لها الخ يمكن ان يراد تركها للاحرام
اللازم لها بقصد دخول مكة فيكون مفهوم الصفة انها لو علمت الحال وتركت امتنع منها النسك فيمتنع الدخول
ويمكن تعلقه باصل النايب فيكون المراد ان الحائض لو تركت الاحرام من الميقات مع ارادة النسك او
او الدخول فيتناول الحكم المذكور باطلاقه لكن امتناع الدخول في هذه الحالة قد يستبعد وربما يقال لا بعد فيه
لان مريد النسك اذا ترك عمدا يمتنع منه الدخول ايضا فلا مزية لهذا الفرد عليه ولو اكمل عمرة التمتع المندوبة
ففي وجوب الحج اشكال الاصح الوجوب وفي الاخبار ما يدل عليه مثل قول الصادق عليه السلام في الفرق بين
المتمتع والمعتمر ان المتمتع مرتبط بالحج والمعتمر اذا فرغ منها ذهب حيث شاء وقوله صلى الله عليه وآله دخلت
العمرة في الحج هكذا وشبك بين اصابعه ويجوز لمن نوى الافراد الحج هذا اذا لم يكن متعينا عليه لا مطلقا
ما لم يلب فان لبى انعقد احرامه وقيل انما الاعتبار بالقصد لا التلبية الاصح الاول لرواية ابي بصير الصحيحة
ويشهد لها من حيث المعنى الاخبار الدالة على ان التلبية عقيب الطواف يعقد احرام المفرد اذا طاف بعد
دخول مكة ولولاها لاحل ومعنى قوله وقيل انما الاعتبار بالقصد لا التلبية معناه ان الاعتبار بقصد الاحلال
بالتلبية لا بالتلبية وحدها فيكون مقتضاه انه لو لبى قاصدا الى عقد الاحرام بطلت المتعة لا بدون ذلك
ويشكل بان التلبية اذا لم يكن مقتضية لعقد الاحرام كيف يكون مؤثرة مع النية ولا دليل على ذلك ويحتمل
ان يكون المراد ان الاعتبار بقصده او لا الى المتعة ولا عبرة بالتلبية الواقعة بعد ذلك وكلام ابن ادريس محتمل
للامرين وان كان اظهر في المعنى الاول وللمشترط مع الحصر التحلل بالهدي المراد انه لا يجوز بدونه وان
كان ظاهر العبارة لا يدل عليه لان اللام يقتضي الجواز الا ان السياق يرشد اليه وفائدة الشرط جواز التحلل
على راي جواب عن سوال مقدر يرد على ما سبق وصورته انه لا فرق بين المشترط وغيره فلا فائدة للشرط
وجوابه ان فائدته ما ذكره وهو كون التحلل مستحقا بالاصالة بعد ان كان رخصة ومن فوائده انه عبادة
فيترتب عليه الثواب ولا يخفى ما في العبارة من المناقشة فان جواز التحلل ليس هو الفائدة بل ثبوت الجواز
مع اصالة وانما يصح الشرط الخ اي انما يصح بحيث يترتب عليه اثره الذي اختلف فيه الاصحاب اذا

علق بالعقد الذي فائدة الشرط انما يتحقق معه ولا يخفى ما في العبارة من المناقشة والتعقيد فان الفائدة
المذكورة هنا ان اريد بها الفائدة السابقة لم يبق للعبارة معنى بدون تكلف تقدير شيء لا يدل عليه الكلام
وان اريد بها العقد كان تسميته بالفائدة امرا خفيا لا يسند اليه ولو قال ان يحلي حيث شئت لو اتي بها لفاء
لكان اولى فليس بشرط ولا مع العقد اي المراد انه ليس بشرط في حالة لا بدون العقد وهو ظاهر
ولا معه لعدم صحته فيكون ولا معه معطوفا على محذوف الا انه لو قال ولو مع العقد لكان اولى ويمكن عطفه
على حيث شئت والمعنى لو قال ان يحلي حيث شئت فليس بشرط وان يحلي لا مع العقد والمراد انه ليس
بشرط ايضا والاول اسبق الى الفهم واقل تكلفا والثاني الصق بالمقام واوقع في المعنى لان ما لا يكون شرطا
لا تفاوت الحال في عدم شرطيته بعروض العقد وعدمه فالتعرض اليه لا موقع له ولا يسقط الحج عن
المحرم مع وجوبه اي مع استقرار وجوبه فلو كان واجب عام ولم يسبق استقراره فلا حج عليه بعد ذلك
الا ان يبقى الاستطاعة ويلوح من قوله ولسقط مع نذره ان المراد بقوله مع وجوبه انشاؤه واجبا فيحتاج ج
ح الى استثناء من لم يسبق استقراره عليه ولم يبق الاستطاعة له كما صنع شيخنا الشهيد في حواشيه
وهو الحيوان الممتنع بالاصالة يدخل فيه المحلل والمحرم وبعض المحرم لا يحرم ولو قيل بالمحلل خرج ما يحرم
من المحرم ويندرج فيه الوحشي اذا تانس كما يخرج مقابله وان ذبحه وصادة المحل هو وصل لقوله واكلا
واشارة ودلالة الاشارة معلومة والدلالة نحو القول والكتابة ومما يبيض ويفرخ في البر كالبط
ونحوه فانه لا يبيض في الماء وان كان يلازمه وبه صرح في التذكرة وغيرها حاكيا اجماع العلماء الا من شذ والمعتاد
فيمن يعيش في البر والماء سمه فان كان في البر فصيد والا فبحري ولو اختلف جنسه في ذلك فلكل حكم نفسه
كالسلحفاة فان منها بريه ومنها بحريه ولا الدجاج الحبشي للنص على ذلك عندنا خلافا لبعض العامة فانه لا
يطير بين السماء والارض كما في الرواية ولا فرق بين المستانس والوحشي اي من الوحشي ولا بين المملوك
والمباح اي في القسمين المستانس من الوحشي وعكسه او في مطلق الانسي والوحشي فكما انه نوعان وحشي
وانسي كالبقر فلكل نوع حكم نفسه ولو انتفى الاسمان فان امتنع جنسه حرم والا فلا المراد كونه ممتنعا
بالعدو او الطيران وكانه اراد بالجنس مشابهه وفيه تكلف ظاهر لانه مع انتفاء الاسمين عنه كيف يكون جنسه
ممتنعا وقد كان ينبغي اعتبار امتناعه بنفسه لانه ح صيد بصفته ولا مانع ينافي ذلك من نسبته الى جنس
آخر والاقرب جواز توكيل الجد المحرم محلا لا اري وجها لتخصيص الجد بالذكر فان الاب مثله وكذا غيرها
من الاولياء والاصح عدم الجواز لانه يشترط في الموكل ان يملك مباشرة التصرف الذي يوكل فيه ولان الفعل
ح ينابه عنه واقامة على اشكال الاصح التحريم لاطلاق النصوص النهي عن الشهادة على النكاح وهو شامل

في نزوله

يحلي

لمحل النزاع لكن مع خوف حصول الزنا المحرم بترك الشهادة لعلم الحاكم بان عنده شهادة فليتوقف الحكم الى احلاله
ويفهم ما يقتضي اثبات الحكم فلا يلزم حصوله ضرر ولا فرق بين كونهما محلين او محرمين او بالتفريق
ونظر الشهوة لا بدونها في الزوجة والاجنبية بالنظرة الاولى بناء على جوازها   وفي معناه الاستمناء اي في
معنى ما ذكر من تحريم النساء باعتبار الوطء ونحوه الاستمناء   والاقرب وجوب المهر كملا هذا هو الاصح
لوجوب المهر كله بالعقد وانتفاء المقتضي للتنصيف وهو الطلاق وقيل بوجوب النصف بناء على ان العقد
يقتضيه فقط ويكون دعوى الزوج الفساد قبل الدخول بمنزلة الطلاق   ويلزمها توابع الزوجية
بمقتضى اقرارها وكذا يلزمه حقوق الزوجية اذا حلفت ظاهرا وفيما بينه وبين الله يجب عليه ما يعلم انه
الحق   وبالعكس ليس لها المطالبة مع علم القبض له وعليها القيام بحقوق الزوجية ظاهرا وتفعل فيما
بينها وبين الله تعالى ما تعلم انه الحق وعلى الزوج بمقتضى الاقرار نفقتها والمبيت عندها وان لم يكن لها المطالبة
بذلك والتعامل بالاصلين المتنافيين لان حقوق العباد مبنية على التضييق فلا يجوز تضييع حقها ولا حقه
بل يراعي الجمع بين الحقين ما امكن   وشراء الاماء وان قصد التسري ولو كان قصده فعل ذلك في حالة
الاحرام حرم الفعل ولا يفسد العقد لعدم منافاة الاحرام له والنهي لا يقتضي الفساد في المعاملات

ومفارقة النساء اي يجوز ذلك بالطلاق وغيره   ويكره للمحرم الخطبة سواء له ولغيره   ولو كانت المرأة
محرمة له اي الحكم في المرأة المحرمة ما تقدم في الرجل المحرم من الوطء والنظر والتقبيل والعقد والتوكيل فيه
والشهادة وغير ذلك من الاحكام السابقة كلها   الطيب مطلقا على رأي يحرم كله على الاصح للنص   مع
بقاء كيفيته اي من لون او طعم او رائحة ومع انتفاء الجميع واستهلاكه فلا باس   الا خلوق الكعبة هو بفتح الخاء
اخلاط من الطيب منها الزعفران فعلى هذا يحرم لو كان طيب الكعبة غيرها قال الشيخ لو دخل الكعبة وهي
تجمر او تطيب لم يكن له الشم   ويقبض على انفه اي وجوبا فيجب الكفارة بدونه   ويتأكد المسك الخ اي
ويتأكد تحريم هذه نظرا الى قوة تذكيرها للاجماع عليها ووقوع الخلاف في غيرها   ويجوز السعوط مع الضرورة
هو بفتح السين والظاهر لزوم الكفارة ويلوح من عبارة المنتهى والتذكرة العدم وكانه لوجود الامر به
في الرواية ويظهر من الدروس وجوب الكفارة   ويقبض على انفه اي وجوبا فان لم يفعل وجبت الكفارة
ولا يقبض من الكريهة اي لا يجوز فان فعل اثم ولا كفارة   ويزيل ما اصاب الثوب منه اي وجوبا ان
لم يمكن طرحه لانه ترك للتطيب ويأخذ غيره ويأمر الحلال بغسله او يغسله بآلة فان تعذر غسله بيده فصرف
الماء اليه اولى من صرفه الى الطهارة وازالة النجاسة ذكر ذلك كله في الدروس لكن لو لم يجد طهورا اصلا فصرف
الماء الى الطهارة اولى لعدم منافاة الطيب الاحرام وامتناع فعل الصلاة بغير الطهارة مع افضليتها على

الاحرام وجوز في المنتهى غسل الطيب بنفسه وان امكن استنابة الحلال في ذلك لامر النبي صلى الله عليه وآله محرمًا بغسل الطيب لا تطيب فكان كالخروج من الارض المغصوبة ومختار الدروس احوط الاكتحال بالسواد
على راي الاصح تحريمه وفي الرواية التعليل بكونه زينة النظر في المرآة على راي تحريمه اصح ايضا وفي الرواية
تعليله بكونه زينة ايضا الادهان بالدهن مطلقا اختيارا اي سواء كانت طيب الرائحة ام لا بدليل قوله
وبما فيه طيب لكن سوق العبارة يقتضي ان ذلك في حال الاحرام لان الكلام في تروكه لكن العطف بان
الوصلية في قوله وان كان قبل الاحرام يقتضي خلاف ذلك اذ المعطوف بان الوصلية لابد من اندراجه في الجملة
التي قبلها ويجوز اكل ما ليس بطيب الظاهر قرائته بتشديد الياء اخراج الدم اختيارا على راي هذا
هو الاصح ويندرج فيه الحجامة والفصد ونحوهما وان كان بحك الجلد استثنائي رواية عمار حك الاجرب
جلده المفضي الى خروج الدم ففيها انه لا يحرم وازالة الشعر وان قل سواء كان بحك او امر اريد الا ان كان
نابتا في العين والا ان قطع من البدن عضو وكان عليه شعر كما صرح به المنتهى وشيخنا في الدروس
والشجر والحشيش الحرم قطع الاخضرين دون اليابسين كما صرح به المص وغيره وكذا الغصن المنكسر الذي
هو في حكم المبان ولا يجوز قلع اصول اليابس لانه مما يرجى ان ينبت وعودي المحالة هما العودان الذان
يجعل عليهما المحالة ليستقي بها والمحالة بكسر الاول البكرة العظيمة والاقرب اختصاص المنع بهذه الصيغة
في حديث احدهما معتبر الاسناد ان مطلق اليمين جدال ولا ينافيهما ما روي صحيحا من ان الجدال انما هو
لا والله وبلى والله لان الحصر الواقع في هذا الحديث اضافي لان في اوله ان لعمري لا تعد جدالا لا مع ان دلالتهما
اصح من دلالة الحصر وارجحيتها من جهة التعدد ظاهرة فالاصح عدم الاختصاص بالصيغة المذكورة
وتعدية الحكم الى كل ما يعد يمينا شرعا وفي دفع الكاذبة الدعوى اشكال على ما اختاره المص من ان
الحكم مختص بلا والله وبلى والله لا وجه لهذا الاشكال والاصح الجواز للضرورة قتل هوام الجسد هي جمع
هامة كالقمل والبراغيث والقراد فلا يجوز قتل شيء منها على حال ولو بحي الزيبق ويجوز النقل لا الالقاء
اي النقل من مكان الى مكان آخر من الجسد لورود النص ولدفع شدة الضرورة ولا يجوز الالقاء
الا القراد والحلم القراد مضموم الاول معروف والحلم محركة كباره وصغاره نص عليه في القاموس فيجوز القاؤه
عن نفسه وبعيره لا قتلهما والا الطيلسان هو ثوب منسوج محيط بالبدن ومعنى قوله المزرور الذي له
ازرار شأنه ان يزر ومنه يستفاد بالايماء عدم جواز عقد ثوب الاحرام الذي يكون على المنكبين ونحو ذلك
وكذا يحرم ما اشبه المخيط من الثياب المنسوجة ولا يشقهما لو اضطر على راي يجب الشق لورود الامر
به ولوجوب كشف ظهر القدم بحسب الامكان لبس الخاتم للزينة اي فلا يحرم لبسه للسنة فيكون المرجع

الفضة

الى وضعه عن المعتاد وللزينة اى عن المعتاد مطلقاً وكذا ما يحرم كان للزينة ويحرم اظهاره للزوج ظاهر
العبارة عدم تحريم اظهاره لغيره البدفع من المحارم وتعليله فى التذكرة بحدث الشهوة الى ايقاع المنهى عنه قد
يشعر بذلك الا ان فى الرواية منعها ان تظهره للرجال فى مركبها ومسيرها وهو عام للحنا للزينة على
راى الاصح التحريم ولا يحرم للسنة وحكم ما قبل الاحرام اذا قارنه حكمه نص عليه فى الدروس وعليها ان
تسفر وجهها وتخير الخنثى بين الامرين ولا يجب عليها الكفارة الا اذا جمعت بين تغطية الراس والوجه
معاً التظليل للرجال سائراً اذا جعل ما يظلل به فوق راسه حرم قطعاً والا ففى التحريم نظر ونقل المص
والشيخ فى الخلاف الاجماع على الجواز وتردد فى الدروس وظاهر اطلاق الاخبار التحريم وهو احوط وان كان
نقل الشيخ والمص الاجماع على الجواز فلا سبيل الى رده ويجوز المشى تحت الظلال اطلاق الاخبار يقتضى
التحريم مطلقاً الا مع الضرورة مثل اوضح لمن احرمت له اى ابرز الى الشمس ومثل لا تظلل وغيرهما الا ان
المص نقل الاجماع على جواز التظلل بالمحمل ونحوه اذا لم يكن فوق راسه ونقل المص والشيخ الاجماع على جواز
نصب ثوب والتظلل به اذا لم يصر فوق الراس وتردد فى الحكم فى الدروس والتحريم احوط لبس السلاح اختياراً
على راى هذا هو الاصح لمفهوم الاخبار الدالة على تقييد الجواز بحال الضرورة قد بينا الح يريد بهذا بيانه حيث
ذكر الطواف بعد الاحرام • طهارة الحدث والخبث عن الثوب والبدن هما شرط فى الواجب قطعاً ويعفى فى
النجاسة عما يعفى عنه فى الصلاة على الاصح لانه كالصلوة الا فى الكلام ولا يشترط الطهارة من الحدث فى المندوب
على الاصح للرواية وستر العورة اى التى يجب سترها فى الصلوة وبه رواية وظاهر من المص فى المختلف
التوقف فى وجوبه ولو ذكر فى الواجب عدم الطهارة استانف معها او لو كان يتذكر تيقن الحدث مع او
الشك فى الطهارة ويعيد الصلاة واجباً مع وجوبه كان قوله مع وجوبه مستدرك لان تقييد الحكم السابق
بكون الطواف واجباً يغنى عنه ولو علم فى الاثناء ازاله وتم اى ازال الثوب النجس وقد كان المناسب ان يقول
ازالها فان المعروف ازالة النجاسة ويجب ان يقيد بما اذا لم يحتج الى فعل يستدعى قطع الطواف وتم لكمال ار بعة
اشواط والا لم يجز التتميم بل يجب الاستيناف ولو لم يعلم الا بعده اجزاء قيل عليه يجب اعادة الجاهل بالنجاسة
فى النجاسة فى الصلوة فى الوقت فيجب الاعادة هنا قلنا هناك وقت محدود شرعاً وهنا وقت الطواف زمانه فعله
فاذا فرغ منه لم يبق وقت نعم لو وجب القضاء فى الصلاة كما فى ناسى النجاسة اتجه الاعادة هنا مع احتمال العدم
لانتفاء الاداء والقضاء معاً المقتضى لانتفاء وقتهما الختان وهو شرط فى الرجل المتمكن خاصة اى دون
المراة للرواية لكن يرد عليه الخنثى والصبى فان النص يتناول لهما ولا بعد فيه بالنسبة الى الصبى فان الختان
شرط الطواف كالطهارة فيعتبر فيه كما يعتبر الطهارة النية الح ويجب ان يقصد ما يطوف له من حج الاسلام

او غيره وعمرة الاسلام او غيرها لان لكل امرئ ما نوى   البداءة بالحجر الاسود الخ ويجب فيه ان يحاذي
باول مقاديم بدنه حال كون البيت على يساره اول الحجر الذي على جهة الركن اليماني مقارنا بالنية اول حركات الطواف
بحيث يمر عليه كله ولا يجب ان يستقبله بوجهه ثم ينحرف بل يجب ان يجعله على يساره ابتداء وان كان الافضل
استقباله اولا وقد نبه على ذلك في المختلف والدروس   ثم يبتدئ الاحتساب ان جدد النية عنده للاتمام
قال الشارح ان قوله للاتمام تعليل للصحة والتقدير ويصح ذلك لكونه طوافا تاما مستجمعا ما يعتبر فيه وفيه
نظر لان المتبادر من العبارة تجديد النية للاتمام وحكي ان على النسخة التي بخط المص قيدا بغير خط حاصله
ان المقصد بالاتمام اكمال الشوط الناقص بحيث لا يجعل المبتدأ منتهى ويبتدئ الطواف منه ثم يأتي الى الحجر
ولا محصل لهذا لانه ان جعل ذلك تعليلا للصحة كان تقدير الكلام ويصح لاتمام الشوط الناقص بحيث لا
يجعل المبتدأ منتهى الخ كان فساده ظاهرا فانه لا رابط بين الصحة واتمام الشوط الناقص اصلا مع عدم
انتظام قوله بحيث الخ معه وان جعل متعلق اللام فيه جدد بحيث يكون تتمة للكلام فاظهر في الفساد
اذ لا معنى لتجديد النية الذي هو شرط لابتداء الاحتساب من الحجر لاتمام الشوط الناقص الخ اصلا وحكي
ولد المص انه كان اشتهر بين تلامذة المص ان المراد ان ينوي عند الحجر الاتمام اي يأتي بستة اشواط اتمام
الشوط الاول ثم يأتي بنية اخرى عند تمام الستة بشوط سابع ويبطل ذلك الناقص فكانه قد نوى الطواف
بنيتين فاللام يتعلق اي ان جدد النية لاتمام الطواف بستة اشواط آخر الخ وهذا اغرب لانه مع وقوع
العبادة بنيتين يقتضي ان لا يجزي غيره كما هو مقتضى قوله ان جدد النية الخ بل يقتضي ان ابتداء الاحتساب
انما يتحقق اذا جدد النية عند الحجر للاتمام على الوجه المذكور وهو اشد غرابة والحق ان العبارة لا تخلو من
شيء ومع كمال التعسف وحملها على ما اختاره الشارح تسلم من الفساد في المعنى   مع احتمال
البطلان وجه هذا الاحتمال ان الطواف ح مشتمل على الزيادة بحسب الصورة حيث لم يفصل بين الزيادة
والطواف بسكون وضعفه اظهر من ان يحتاج الى البيان   ولو حاذى آخر الحجر ببعض بدنه في ابتداء
الطواف لم يصح المراد باخر الحجر الطرف الآخر الذي يلي الطرف الذي يبتدئ منه الطائف والتقييد باخر
الحجر غير محتاج اليه فان محاذاة بشيء من بدنه غير الطرف الاول لا يعتد به   لكن بالحجر يراد الحجر لموضع هو
ابتداء كما يدل عليه آخر كلامه   او استقبله بوجهه لم يصح وكذا لو جعله ظهره اليه   فلو مشى على شاذر
وان الكعبة الخ المراد به اساسها الذي بقي بعد تعميره آخرا   ولو كان يمس الجدار بيده في موازاة الشاذر   ذر
وان صح ان كان متعلقا في يمس كان المعنى ان المس اذا وقع في موازاة الشاذروان اي مقابلته يصح ويشكل
بانه غير خارج عن البيت بجميع بدنه ح والاصح عدم الصحة على هذا وان كان مجذوفا على انه حال من الجدار

ويجب في نية الطواف مقارنتها لاول الحركات الدورية واستدامتها حكما الى الفراغ كذا بخط

كان المعنى انه لو مس الجدار الكاين في موازاة الشاذروان صح متعلقه وهو ظاهر لخروجه بجميعه
عن البيت والاولى هو السابق الى الفهم من العبارة وان كان ارتكاب المس في موازاة الشاذروان لاتم من تحويز
الطواف بين البيت والمقام الح وكذا يجب مراعاة النسبة من كل جانب كما دلت عليه الاخبار حتى من
جانب الحجر لما علم من انه من البيت فقطع ان ذكر قبل بلوغ الركن المراد به العراقي وفي رواية ابي كهمس عن
الصادق عليه السلم ان ذكر قبل ان ياتي الركن فليقطعه وفسره بعض الاصحاب بالشامي استحب اكماله
اسبوعين فيمكن ان يقال ينوي للثاني من الان ولا بعد في ان يوثر فيما مضى او يكتفي بنيته الاولى وهو بعيد
فان تجاوز النصف رجع فاتم ولو عاد الى اهله استناب لا بعد جواز الاستنابة هنا اختيارا وبه صرح
في الدروس في حكم طواف النساء وكذا لو قطع طوافه لدخول البيت او السعي في حاجة الح اي ان اكمل اربعا
بنى والا استانف وكذا لو قطعه لصلوة فريضة عند دخول وقتها وكذا النافلة اذا تضيق وقتها وقيل يبني
على شوط وهو ضعيف والمايجوز القطع لواحد من الاسباب المذكورة فيحرم لابد فيها يجب ان يحفظ
موضع القطع ليكمل منه اذا اعاد فلو شك احتمل الاخذ بالاقل ويحتمل البطلان ولو لم يتجاوز استانف
الطواف ثم استانف السعي لو سعى قبل الطواف اعادهما وان كان ناسيا كما هو في صحيحة منصور بن
حازم عن الصادق عليه السلم وكذا في الاثناء ان كان في الزيادة ويقطع هنا اذا بلغ ركن الحجر والا بطل للتردد
بين الزيادة والنقصان فان كان بلغه قطع وجوبا حذرا من حصول الزيادة ويجوز الاخلاد الى الغير
في العدد للرواية ويشترط فيه البلوغ لا الذكورة ولا الحرية وهل يشترط العدالة وجهان فظاهر الاخبار العدم
لانه عليه السلم لما سئل عن ذلك لم يستفصل عنها وان كان اعتبارها احوط فان شكا معا فالحكم ما سبق
اي شك فاما ان يكون في الزيادة او النقيصة وعلى الزيادة فاما ان يكون قد بلغ ركن الحجر او لا الح حيث هو
الان بناء بالان على انتقال المقام وقد نقل انه كان في عهد النبي صلى الله عليه وآله عند الباب ولا يجوز في
غيره قال في الدروس ان معظم الاخبار وكلام الاصحاب ليس فيهما الصلاة في المقام بل عنده او خلفه
وتعبير بعض الفقهاء بالصلاة في المقام مجاز تسمية لما حول المقام باسمه لان المراد بالمقام حقيقة هو الصخرة
التي عليها اثر قدم ابرهيم عليه السلم ولا تصلى عليها او لا قدامها وهذا حق لكن المراد بالمقام هو البناء المعد للصلوة
الذي وراء الموضع لان فيه هذه الصخرة بلا فصل ومع الزحام يصلي خلف هذا الموضع او الى جانبيه
ووقتهما عند الفراغ من الطواف لقول الصادق عليه السلم لا تؤخرها ساعة اذا طفت فصل ولو نسيهما
وجب الرجوع اي الى المقام قال في الدروس فان تعذر فحيث شاء من الحرم فان تعذر فحيث امكن من
البقاع فان كان مراده وجوب الرجوع الى الحرم اذا تعذر المقام وهو الظاهر توقف على النص الدال على

اي وكذا الحكم لو كان الشك في
اثناء الفعل اي قبل الفراغ منه ان
كان الشك في محض الزيادة بان يتحقق السبعة ويشك
في الزائد ولا يتصور هذا الفرض الا اذا كان عند الحجر
والا لكان الشك في الزيادة والنقيصة او كانت الزيادة
مقطوعا بها فان كان الفرض الاول قطع وجوبا وان كان
الفرض الثاني بطل وان كان الثالث قطع وجوبا والا
بطل الا ان يكون في الشوط الثاني من الزيادة بخطه

ذلك وقال ايضا ان الجاهل كالناسي وهو محتمل ويمكن الحاقه بالعامد انه لم يجوز له فعلهما في غير المقام لانه مقصر
بجهله من بئر ميمون الحضرمي هو بالحاء المهملة والافضل منزله في العبارة مناقشة لان هذا الحكم لا يستقيم
على اطلاقه اذ ليس كل من لم يكن قادما من المدينة استحب له الغسل من منزله لدخول مكة ودخول مكة
من اعلاها اي لكل قادم سواء قدم على طريق المدينة ام لا تاسيا بالنبي صلى الله عليه وآله وقيل ان هذا مختص
بالقادم من المدينة ودخوله من باب بني شيبة قيل لان هبل الصنم مدفون تحت عتبة بني شيبة فسن
الدخول منه ليطاه بارجلهم قلت سمعنا ان هذا الباب يدعى الآن بباب السلام وينبغي ان يعلم ان هذا الباب
الآن غير معلوم لان المسجد قد ثبت انه زيد فيه ثم يراعى الدخول من الباب الذي يسامته الآن فعلى ما
سمعناه يدخل من الباب السلام المعروف الآن بذلك قوله بعد الوقوف عندها في حواشي الشهيد لم يسمع
تانيث الباب في اللغة والصواب تذكيره واستلام بيديه اجمع المراد معظمه مجازا والاستلام بغير همز معناه
المس فتعال من السلام بالكسر وهي الحجارة او من السلام بالفتح اعني التحية اي يحيي نفسه عن الحجر كما في
قولهم اختدم اي خدم نفسه اذا لم يكن له خادم وقيل انه بالهمزة من اللامة وهي الدرع فيكون معناه اتخذه
جنة وسلاحا والمشي والاقتصاد فيه اي في المشي بحيث يتوسط فيه وقوله بالسكينة مع الاقتصاد
ان يكون ساكن الاعضاء وقوله على راي يتعلق بالمشي اي يستحب المشي في جميع الطواف ويستحب مع ذلك
الاقتصاد والسكينة ويرمل ثلاثا ويمشي اربعا في طواف القدوم على راي الرمل محركا هو الاسراع في
المشي مع تقارب الخطى دون الوثوب والعدو ويسمى الخبب والمراد بطواف القدوم اول طواف ياتي به
القادم الى مكة واجبا كان او مندوبا سواء كان عقيبه سعي كطواف العمرة المتمتع بها وطواف الحج المقدم
ام لا كطواف الحاج افرادا اذا كان المفرد قد دخل مكة اولا وانما يستحب على القول به للرجل الصحيح دون المراة
والخنثى والمريض بشرط ان لا يوذي غيره ولا يتاذى هو ولو كان راكبا حرك دابته ولا فرق فيه بين الركنين
اليمانيين وغيرهما عندنا والاصح في المذهب والمشهور بين الاصحاب عدم الاستحباب لقوله غير مشي بين
المشيين والتزام المستجار في السابع لحج ويستحب الاقرار بالذنوب فانه ليس عبد مومن يقر له بذنوبه
في هذا المكان الا غفر له فان تجاوزه رجع قال في الشرائع لم يرجع فالمسئلة ذات قولين يمكن حملهما على
اختيار كل قولا ويمكن حمل كلامه هنا على النسيان وكلام صاحب الشرائع على العمد او يحمل كلام المص على من
تجاوز ولم يبلغ الركن اليماني وكلام الشرائع على بلوغه كما دلت عليه صحيحة علي بن يقطين عن ابي الحسن ع
وكيف كان فالعمل على الرواية واليماني بتخفيف الياء لان الالف عوض من ياء النسبة على اللغة المشهورة
فان عجز جعل العدة اشواطا فالاحد عشر هذا هو المشهور وقوفا مع ظاهر النقل وزاد ابن زهرة اربعة

ليصير الاخير طوافاً كاملاً قال شيخنا الشهيد واستغربه العلماء وفي جامع البزنطي اشارة اليه لانه ذكر في سياق
احاديث عن الصادق عليه السلم انه اثنان وخمسون طوافاً من ترك الطواف عمداً بطل حجه ومما يشكل تحقيق ما به
يتحقق الترك فانه لو سعى قبل الطواف لم يعتد به ولو قصر لزمته الكفارة ان كان معتمراً وان احرم بنسك آخر
بطلت فعله ويمكن ان يحكم في ذلك العرف فاذا شرع في نسك آخر عارفاً على ترك الطواف بحيث يصدق الترك
عرفاً حكم ببطلان الحج او يراد به خروجه من مكة بنيته عدم فعله ولم اظفر في هذا الباب بشيء وفي رواية علي بن
ابي حمزة ان من جهل ان يطوف حتى رجع الى اهله عليه اعادة الحج وبدنة ولا دلالة فيها على اعتبار الرجوع الى
الاهل في تحقق الترك لان ذلك وقع في حكاية حال التارك ويمكن ان يقال ان كان الطواف لعمرة التمتع فيتحقق
الترك اذا تركه بعد ضيق الوقت الا عن باقي المناسك من الاحرام للحج والموقفين وعن اقل الواجب وان
كان للحج فبعد خروج ذي الحجة وان كان لعمرة الافراد فبعد الخروج من مكة او يحكم في هذا الاخير العرف او يقال
في هذا الاخير مادام لا تضيق عليه نسك آخر لا يتحقق الترك بل يقال لا يكاد يتحقق معنى الترك المقتضي
للبطلان فيها لان العمرة المفردة هي المحللة من الاحرام عند بطلان نسك آخر غيرها فلو بطلت لاحتيج في التحلل
من احرامها الى افعال العمرة وهو ظاهر البطلان ونَاسياً يقضي الحج الجاهل كالعامد وعليه بدنة
لصحيحة علي بن جعفر عن ابي الحسن عليه السلم قال في الدروس في وجوب هذه البدنة على العالم نظر من الاولوية
ويستنيب لو تعذر العود قال في الدروس المراد به المشقة الكثيرة ويحتمل ان يراد بالقدرة الاستطاعة المعهودة
في الحج ولا باس بما صار اليه نظراً الى المتبادر الى الفهم عرفاً ولو نسي طواف الزيارة وواقع الى اهله وقيل الكفارة
الا على من واقع بعد الذكر هذا القول هو الاصح لظاهر حسنة معوية بن عمار ويشكل على هذا القول ما سيأتي من روايتي
عبد الله بن مسكان وسعيد بن يسار ان من واقع وقد نقص من سعيه شوطاً ساهياً قبل ان يذكر عليه دم
بقرة فان الوجوب لنقص شوط من السعي اذا واقع قبل التذكر مع اشتراط التذكر في جميعه غير واضح ولعل
الايجاب مطلقاً اظهر ويجب الرجوع فان تعذر استنابه ولو تكرر الوطي عمداً فينبغي تكرر الكفارة ولو
نسي طواف النساء استناب لحسنة معوية بن عمار ولو واقع بعد الذكر وجب عليه ما يجب على المجامع
قبل طواف النساء عمداً ولو اتفق حضوره من عليه طواف النساء او كان من نيته العود لم يجز الاستنابة ولو ترك
طواف النساء عمداً وجب الرجوع لاجله صرح به في الدروس ووجهه ان الاستنابة انما وردت في الناسي فيبقى
العامد على حكم الوجوب ولو نسي طواف عمرة التمتع او الافراد وجب العود له مع الامكان ولو واقع ثم ان كان ناسياً
فلا شيء عليه وان كان بعد الذكر امكن انسحاب حكم طواف الزيارة هنا ولو تركه جاهلاً فالظاهر بطلان النسك
لان الجاهل عامد اذ هو مخاطب بالتعلم وهل يجب الكفارة كطواف الزيارة فيه احتمال المساواة قال شيخنا الشهيد

في حواشيه لم يذكر الاكثر قضاء السعي لو قضى الطواف وفي الخلاف يقضي السعي بعده ونقل عن المخالف قولا ثم قال
ما قلناه مجمع عليه قلت ويشهد له ما تقدم التنبيه عليه من الرواية الدالة على من سعى ولم يطف يطوف ثم يعيد السعي
والعمرة المبتولة من البتل وهو القطع لانها مقطوعة عن الحج اي منفردة بخلاف عمرة التمتع فانها داخلة
فان عكس اعاد سعيه وان كان ناسيا كما قدمناه الا لعذر كالمرض المانع من العود مثلا والحيض الذي يتوقع
حصوله حين العود وخوف فوت الرفقة ونحو ذلك ويكره للقارن والمفرد اي يكره ذلك لهما فيجوز التقديم هو
اختيارا على الاصح ولمن طاف تأخير السعي ساعة وللجوز الى الغد الممنوع منه تأخيره الى الغد فيجوز الى الليل
وهو في بعض الاخبار ولو اخره الى الغد اثم واجزأ والبرطلة ليس البرطلة وهي بضم الباء والطاء المهملة واسكان
الراء وتشديد اللام مع الفتح قلنسوة طويلة كانت تلبس قديما وروي انها من زي اليهود واصح القولين تحريم
لبسها حيث يحرم ستر الراس ولو نذر الطواف على اربع فالاقوى بطلان النذر هذا هو الاصح اذ لم يتعبد بمثله
والرواية بوجوب طوافين لا عمل عليها ويجب فيه النية المشتملة على الفعل ووجهه وكونه سعي حج الاسلام
او غيره الخ ويجب الضرب فيها الاستدامة والمقارنة لوقوفه على الصفا اي جزء منه او لالصاق عقبه به ان لم يصعد عليه
ولاول حركات السعي بحيث يجعل كعبه ملاصقا له لو قال عقبه لكان اولى لان الكعب في لغة العرب غير العقب
وهذا اذا لم يصعد على الصفا بحيث يلصق قدميه بها اي بالمروة وهذا اذا لم يصعد على درجة المروة وفي عبارة
الصاق اصابع القدمين معا توقف من الصفا اليه شوطان وحكي قول بانهما شوط واحد والخروج
من الباب المقابل له قال في الدروس الذي خرج منه النبي صلى الله عليه وآله وهو الآن من المسجد معلم
باسطوانتين معروفتين فليخرج من بينهما قال والظاهر استحباب الخروج من الباب الموازي لهما واستحباب
الصعود على الصفا لبعض الاخبار ما يدل على استحباب الصعود على المروة ونبه عليه في المنتهى
واطالة الوقوف اي على الصفا بقدر سورة البقرة مترسلا تأسيا بالنبي صلى الله عليه وآله رواه معوية بن عمار
عن الصادق عليه السلام صحيحا وروي انه يورث الغنى والرمل للرجل خاصة بين المنارة وزقاق العطارين
في رواية معوية بن عمار عن الصادق عليه السلام انحدر ماشيا وعليك السكينة والوقار حتى المنارة وهي طرف
المسعى فاسع ملأ فروجك الى ان قال حتى تبلغ المنارة الاخرى قال وكان المسعى اوسع مما هو اليوم ولكن
الناس ضيقوه وعلل الرمل في هذا الموضع بانه من جملة وادي محسر ذكره في المنتهى وغيره والهينة
في الطرفين في حواشي الشهيد ان المعروف الهينة قال في الصحاح على هينتك اي على رسلك ولو نسي الرمل
رجع القهقرى اي الى المكان الذي يرمل فيه والقهقرى بفتح القافين والراء واسكان الهاء المشي الى خلف
من غير التفات بالوجه والرجوع مستحب لكن هذه الكيفية ذكرها الشيخ والاصحاب وعباراتهم محتملة للوجوب

والسعي

والاستحباب فيحتمل وجوبها وعدمه السعي ركن ان تركه عمداً بطل حجه تحقق الترك كما سبق في الطواف
وسهواً يأتي به هل الجاهل كالعامد ام كالناسي المحقق الاول فان تعذر استناب المراد
بالتعذر المشقة الكثيرة وهل يلزمه كفارة لو ذكر ثم واقع لا نص فيه لكن وجوبها على من ظن التمام فواقع
ثم تبين النقص كما سيأتي يقتضي الوجوب بطريق اولى ومقتضاه الوجوب وان واقع قبل التذكر وهذا في
المتمتع اما غيره فلا دليل يدل عليه فيتخير بين اهدار الثامن وبين تكميل اسبوعين انما يتخير اذا اكمل
الثامن والا قطع وجوباً فان لم يفعل بطل لدلالة الاخبار على ابطال الزيادة الا اذا سعى ثمانية وحيث
يتخير يكون السعي الثاني مستحباً قيل ولم يشرع استحباب السعي الا هنا ولو ظن المتمتع الاكمال في العمرة
فاحل وواقع ثم ذكر النقص المروي كفر ببقرة على رواية وكذا لو قلم او قص شعره مستند الحكمين رواية
عبد الله بن مسكان ورواية سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام لكن في عبارة المص اشكال فان قوله فاحل ره
مقتضاه انه قصر فيكون الحكم بالدم للمواقعة فيمكن حملها على اعتقاده الاحلال في نفسه قبل ان يفعل كذا لان الكفارة
يترتب على المجموع وعلى الابعاض كفارة واحدة والحق ان ترتب الحكم على المجموع يشعر بان الابعاض لا تقتضيها
فاذا نص على القلم وقص الشعر وحده بقي حكم المواقعة غير معلوم ويقطعه لحاجته ولغيره هذا يشعر
بانه لا يجوز قطعه لصلاة فريضة اذا دخل وقتها كما سيأتي وهل يجوز اختياراً فيه اشكال ثم يتم لاطلاق
العبارة يقتضي البناء ولو على شوط وهكذا يستفاد من الاخبار وهو مذهب الاكثر والظاهر ان بعض الشوط
كالشوط وقيل يعتبر مجاوزة النصف كالطواف ولو دخل وقت الفريضة قطعه ثم اتمه بعد الصلوة
يستحب قطعه ح ولا يجب ذلك قطعاً وان كان ظاهر العبارة ربما يوهم ولا يجوز ان يحلق فيجب عليه شاة
مع العمد ولا يجزيه الحلق على الاصح للنهي عنه ولا يقال ان الحلق انما يكون نهياً اذا ازال اقل شعر صدق
التقصير لان الاعتبار بالنية المنوي وهو الحلق منهي عنه فيجب التقصير بعد ذلك ويجب في التقصير النية
المشتملة على كونه في عمرة التمتع والوجه الحج ويجب كونه بمكة ويستحب ان يكون على المروة ويكفي الازالة بالنتف
والحديد والنورة والقرض بالسن ويمر يوم النحر الموسى على راسه وجوباً اي الذي حلق في احرام العمرة
المتمتع بها لموثقة ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام قال شيخنا الشهيد وفيه تنبيه على ان الواجب في الحج
منوط بالراس اختياراً قال وفي الآية الكريمة ايماء الى ذلك وهي قوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين ولا دلالة
فيه على الوجوب لامكان ان يقال يستحب الحلق فلو كان قد حلق في احرام عمرة التمتع فقد فوته فيجب عليه
الحلق ان نبت على راسه شعر ويكفيه وان لم يكن قد نبت شعر امر الموسى وجوباً لم قص مع ذلك وجوباً
ولا يلزم ماذكره من التنبيه والاصلع استحباباً اي يستحب له ذلك لان الحج يطلب فيه الحلق فمع فواته يصار

الى ما يشبهه ويأخذ من لحيته واظفاره اى كل من الحالق والاصلع قال شيخنا الشهيد وفيه تنبيه على انه يدل
اضطراره وهذا يتم له ان اراد بذلك الاستحباب ولو حلق بعض راسه جاز اى فى عمرة التمتع لان الممنوع
منه حلق الرأس وهذا الحلق يخرج عن التقصير ولو ترك التقصير حتى اهل بالحج سهوا صحت متعته قوله وروى
شاة هى رواية اسحق بن عمار وهى محمولة على الاستحباب لرواية هو عن ابى عبد الله عليه السلام انه لا شئ عليه وعمدا
بطل عمرته وصارت حجته مفردة على راى وبطل الثانى على راى الاول هو المشهور بين الاصحاب لصحيحة ابى بصير عن الصاد ق
عليه السلم قال المتمتع اذا طاف وسعى ثم لبى بالحج قبل ان يقصر فليس عليه ان يقصر وليس عليه متعة والمراد به
المتعة جمعا بينه وبين حسنة معوية بن عمار عن الص عليه السلم فى رجل اهل بالعمرة ونسى ان يقصر حتى يدخل
فى الحج قال يستغفر الله ولا شئ عليه وتمت عمرته ويشكل بوجوه ان الاحرام منهى عنه قبل التقصير والنهى عنه فى
العبادة يدل على الفساد وقيل النهى ليس عن الاحرام بل عن وصف خارج اعنى الاخلال بالتقصير المقارن له
وجوابه ان المنهى عنه نفس الاحرام لانه على هذه الحال غير مشروع ويرد عليه انه عدم شرعيته على هذه الحال
لا يقتضى عدم شرعيته مطلقا لان انتفاء الشرعية المخصوصة لا يقتضى انتفاء الشرعية مطلقا لان انتفاء الاخص
لا يقتضى انتفاء الاعم وللمعارضة تكثر من الصور مثل التقدم على الامام عمدا والصلوة مع منافيها لحق ادمى
مضيق او حق الله تعالى كذلك ويمكن ان يقال ان الترتيب بين الاحرام والتقصير ان كان شرطا تحقق النهى
عن الاحرام لانه حينئذ لم يأت بالواجب على الوجه المأمور به كتقديم العصر عمدا والتحقيق انه لولا الرواية لاتجه البطلا ن
ب منافاة قوله عليه السلم وانما لكل امرء ما نوى فان المنوى هو حج التمتع غير واقع على ذلك التقدير والواقع
وهو حج الافراد غير منوى ويمكن الجواب بان الاخلال بالتقصير يقتضى بقاؤه على احرامه الاول والاحرام الثا نى
مانع من التقصير بعد ذلك فينتفى المتعة فيلزم الافراد لان الافراد يقع بالاحرام الثانى ليقع الفعل
بغير نية ج ان افعال العمرة قد تمت والتقصير خارج لانه محلل وجوابه ان كونه محللا لا يقتضى خروجه
وايتانه ببعض الافعال لا يقتضى بقائه على الاحرام الاول ولو سلم لكفى بقاؤه على الاحرام الاول فى اعلا ده
لثبوت الحكم المدعى ولا نظر الى كون الافعال تمت اولا لان التقصير بعد الاحلال ممتنع للرواية والاحرام
الاول باق د ان الرواية قاصرة الدلالة مع امكان حملها على متمتع عدل عن الافراد ثم لبى بعد السعى لانه قد
ورد التصريح بذلك فى رواية اخرى وجوابه لا قصور فى الرواية لان نفى المتعة لا يدل على بطلان الحج بل يشعر
ببقاء اصله صحيحا والا لكان المنفى هو الحج لا المتعة ولا ريب فى انتفاء القران فلم يبق الا الافراد والحمل المذكور
خلاف الظاهر ولا باعث فيها على ارتكابه والعدول الى التأويل مع ان الحكم مشهور بين الاصحاب كما حكاه
فى الدروس ويمكن المعارضة بالناسى فان الاحرام لو كان منافيا للتقصير لنافى فى حق الناسى وهو باطل

فيجاب

ويجاب بان ذلك كله مدافعة للنص الصحيح الصريح وليس بجائز وقد علم وجه القول الثاني بما قررناه وا لحمل
على الاول بنفي شيء وهو انه بعد انقلاب حج التمتع افراداً هل يجزي عن فرض المكلف الاقرب لا ان كان
التمتع معيناً عليه وفاقاً لفتوى الدروس وافضل اوقاته عند الزوال اي بعده بدليل قوله بعد
ان يصلي الظهر وفي الرواية بعد ان يصلي الفريضتين او ست ركعات ان وقع في غيره ينبغي انه ان لم
يتفق وقت فريضة الظهر يوقعه عقيب فريضة ولو مقضية فان لم يتفق اكتفى بست ركعات او ركعتين
ومع الفرض يصلي الركعات قبله كما سبق في احرام العمرة والعبارة لا تفيد هذه الاحكام مع ان الضمير في
غيره اذا رد الى عند الزوال وهو المتبادر من سياق العبارة اقتضى الاكتفاء في الافضلية بست ركعات
في غير وقت الزوال مطلقاً وليس كذلك لاستحباب رعاية الفرض مطلقاً وتكلف رد الضمير الى الفرض لا يخلو
من تعسف ويجوز تاخيره الى ان يعلم ضيق وقت عرفة فيجب الفاء حج ضيق وقت العبادة يستعمل
في ضيقه عنها بحيث لا يسعها وفي ضيقه عن غيرها بحيث لا يكفي الا للعبادة فان حملت العبارة على المعنى
الثاني سلمت عن الطعن وافضل المواطن المسجد تحت الميزاب او في المقام كل منهما مروي وفي الدروس
يجمع فعلها في المقام وهو خيرة المختلف وبه رواية وهو الاصح ولو نسيه لحج مثله الجاهل بخلاف العا مد
فانه لا بد من عوده والا فلا نسك له فلو نسي واحرم بها بنى على قصده من احرام الحج ان كان احرامه بها
بمجرد النطق والمقصد هو الحج فلا شبهة في الصحة الا ان ذلك بعيد ان يكون مقصود العبارة والظاهر من عبا رته
هنا ومن عبارة غير هذا الكتاب ان الخطأ في القصد الذي هو النية وبه رواية تدل بظاهرها على اغتفار
الخطأ في الارادة وفي الصحيح نظر لان الاعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى وبالجملة فالقول بالصحة لا يخلو
من اشكال وعلى الوجوب او الندب الكلام في حج التمتع المسبوق بالعمرة والندب انما يتصور على القول
بعدم وجوبه بالشروع في العمرة وقد سبق للمصنف فيه اشكال لوجهها الا ان يحمل الوجه على سبب الوجوب
كالنذر والاسلام وغيرهما لكن تصور هذا في الندب غير واضح ولو اجري في المندوب المنذور بالقلب منعنا
وجوب ذكر السبب حج ولا ريب ان حمل وجههما على الوجه المقتضي لشرع التكليف بالواجب والمندوب بعيد
اذ لا يجب الجمع بينهما وبين وجههما على الوجه معاً الا على النسخة التي صورتها او وجهها فانه لا اشكال حج ه
كما تقدم في احرام العمرة من الواجب والمستحب اي في اللبس والتلبيات الاربع ولو عمم فقال وغيرهما من
الواجب والمستحب لكان اولى ويلبي الماشي في الموضع الذي فيه والراكب اذا نهض به بعيره ظاهره تاخير
التلبية الى نهوض البعير به ويشكل بانه لا بد من عقد الاحرام بها واستحباب الاحرام في المقام او تحت الميزاب
يقتضي عدم تاخيره الى وقت الركوب وفي الدروس استحب رفع الصوت اذا اشرف على الابطح وفي التذكرة

والمنتهي مابينا هو الموافق لفتوى ابن المذهب هو ماذكره في الدروس ويمكن تنزيل الاخبار على ان الراكب يحمه بالتلبية اذا نهض به بعيره ويرفع صوته بها اذا اشرف على الابطح اما التلبية التي يعقد بها احرامه فانه يسر بها وهو تنزيل ملائم وهو قريب مما قال ابن ادريس في السرائر فان كان ماشيا جهر بالتلبية من موضعه الذي عقد الاحرام فيه وان كان راكبا لبى اذا نهض به بعيره فاذا انتهى الى الردم واشرف على الابطح رفع صوته بالتلبية وتاركها عمدا يبطل حجه لا ناسيا على راي قد سبق الكلام على ذلك قال الشارح ولد المص ما معناه ان الخلاف في نسيان التلبية اما ناسي النية فان احرامه يبطل اجماعا ويظهر من كلام شيخنا الشهيد في شرح الارشاد ان الخلاف في ترك النية ايض ويجب علمه ما يجب على المحرم من الكفارة على اشكال ينشاء من عموم الاخبار الدالة على ان من فعل ما يوجب الكفارة على المحرم قبل التلبية لا شيء عليه ومن انه يلحق بالمحرم ولهذا صحت باقي افعاله وفي الاول قوة والوجوب احوط فان طاف ساهيا لم ينتقض احرامه قيل ويجدد التلبية ليعقد بها الاحرام والاصح الاستحباب واختاره الشيخ في التهذيب والاقامة بها الى فجر عرفة فيكره قبله وقيل محرم وللحلال قوله قبل الظهر لكل منهم الخروج قبله بما شاء من نحو نوم او نوم منى ويكره الخروج منها قبل الفجر لغير عذر وقيل محرم وقد سبق وحدها من العقبة الى وادي محسر بكسر السين ه‍ موضع من منى ذكره في الصحاح والمبيت بمنى ليلة عرفة مستحب للترفه لا فرض قيل فلا يتوي له لا لعدم في المستحبات الدينية وليس بشيء لان المستحب ديني وان كان الغرض منه الدنيا ويمكن ان يقال هو ارشادي كالاشهاد عند التبايع لكن تعبير المص بالاستحباب ينافيه وحدها من بطن عرنة هي بضم العين المهملة وفتح الراء والنون وثوية هي بفتح الثاء المثلثة وكسر الواو وتشديد الياء المثناة من تحت ه‍ المفتوحة ويجوز عند الضرورة الوقوف على الجبل اي يجوز بحيث لا يكون مكروها مع الضرورة يجوز بالكراهة والمستحب ان يقف في السفح سفح الجبل اسفله حيث يسفح الماء في ميسرة الجبل المراد ميسرته بالاضافة الى القادم من مكة وسد الخلل بنفسه ورحله في المنتهى قال الله تعالى كانهم بنيان مرصوص فوصفهم بالاجتماع وفي حديث سماعة بن مهران عن الصادق عليه السلم واذا رايت خللا فسده بنفسك ه‍ وراحلتك والمراد انه لا يدع بينه وبين اصحابه فرجة يطمع في دخولها اجنبي يشغلوه بالتحفظ منه عن الدعاء او يوذيهم في شيء من امورهم ويستحب القرب من الجبل وان يضرب خباءه بنمرة وهي بطن عرنة منه بفتح النون وكسر الميم وفتح الراء وقد ورد كونها بطن عرنة في حديث معوية بن عمار وربما يلوح من كلامه الثاني لما سبق من ان نمرة وعرنة حدان لعرفة ويمكن اعتبار كونهما حدين على ان احدهما الصق من الآخر ويجب فيها النية ويجب كونها مقارنة لاول الزوال لوجوب الوقوف في مجموع هذا الوقت

وقطعه وادي محسر طوله [illegible] الاذرع
[illegible] وقد [illegible] بالحجم ص
بخط
بالكذا هنه

وان تأخر

وان تأخرت اثم واجزأ اي يعتبر فيهما ما سبق من قصد الفعل والوجه وتعيين الحج فلو وقف بالحد وما الى
قوله بطل حجه ينبغي تقييد هذا الاطلاق بما اذا لم يقف بغيرها اصلا عامدا ولو نسي ولم يقف بالمشعر فكذلك
فانه عن صام ثمانية عشر يوما بل يشترط التوالي في صيامها ام لا الظاهر العدم والشروع في الدعاء بالمنقول
اي ويستحب الشروع عقيب الصلوة في الدعاء الخ وان كانت العبارة غير صريحة في ذلك لنفسه ولوالديه
اي ويستحب ايثارهم على نفسه للنص الوارد في ذلك والواجب ما ينطلق عليه اسم الحضور المراد الواجب
الذي يعد ركنا اي والواجب في الركن هنا فان المجموع واجب والركن هو ما صدق عليه الاسم وليس المراد
من الوقوف الا الكون ومن نسي الوقوف رجع ولو الى طلوع الفجر الى الواجب في وقوف عرفة الاضطراري ما
صدق عليه الاسم وهو ركن اضطراري فلو اخل به عمدا مع وجوبه بطل حجه وان ظن الفوات اقتصر على
المشعر قبل طلوع الشمس مفهوم هذه انه لو تردد تعين عليه المضي الى عرفة ومفهوم قوله قبل اذا عرف انه
يدرك المشعر عدمه فيتدافع المفهومان والظاهر انه متى تردد في ذلك لا يجوز له المضي الى عرفة لانه يعرض
حجه للفوات الخ اما لو تجدد الاغماء بعد الشروع فيه في وقت صحيح اي بعد الشروع في الوقوف على الوجه
الشرعي ولا خلاف في ذلك وان كان المص في الارشاد قد اشار الى خلاف الشيخ في ذلك وفي الحقيقة لا خلاف

ويستحب للامام ان يخطب الى قوله لاعلام الناس مناسكهم اقتداء بالنبي صلى الله عليه وآله قال شيخنا
الشهيد بعلم عسفه انه لا يشترط الصحة الحج علم الحاج بمناسكه بل يفعلها شيئا فشيئا وقد سبق انه يجوز ذلك
حتى في الاجير اذا علم ما لا بد منه في صحة الاجارة ولمزدلفة وقتان يقال مزدلفة بضم الميم واسكان
الزاي وكسر اللام وفتح الفاء ويقال جمع بفتح الجيم واسكان الميم والعين المهملة ويقال المشعر اختياري
من طلوع الفجر الى طلوع الشمس ويجب استيعاب هذا الوقت بالوقوف كما صرح به الشيخ وشيخنا الشهيد في
الدروس وصرح المص وابن ادريس باستحباب الوقوف الى طلوع الشمس والركن منه الامر الكلي كما في عرفة
ويجوز مع الزحام الارتفاع الى الجبل اي بغير كراهة فيكره مع عدمه قال في الدروس والظاهر ان
ما اقبل من الجبال من المشعر دون ما ادبر ويجب فيه النية مقارنة لطلوع الفجر فان تأخرت اثم واجزأ
ولو قلنا ان الواجب هو مسمى الوقوف بعد الفجر لم يجب تحتم المقارنة المذكورة والى الان لم اظفر بسند في ذلك
سوى رواية هشام بن الحكم الآتية ويجب ايضا المبيت بالمشعر ليلا مقارنا بالنية اول وصوله اليه وهو ركن
عند علم الوقوف الاختياري ففيه شابه الاضطراري كما ذكره شيخنا الشهيد وحكى في الدروس عن المص
في التذكرة نفي وجوبه والذي في التذكرة نفي ركنيته لا نفي وجوبه كما ذكره لكن وجدت التصريح بالاستحباب فيها
بعد هذا البحث بيسير ولا شبهة في الوجوب عندنا لا انه اذا عد ركنا تعين ان يكون واجبا وحكم جميع الاصحاب

لو افاض قبل الغروب عامدا وعاد سقطت الكفارة ولو افاض كذلك ناسيا ثم تذكر وجب العود فان لم يعد فالظاهر انه عامد يجب عليه ما يجب على العامد بخط

الوقوف بالمشعر

الا ابن ادريس باجزاء من وقف ليلا اذا افاض قبل الفجر عمدا عالما وصحح حجه من غير تفصيل بين الوجوب
وعدمه يقتضي الوجوب لامتناع اجزاء المستحب عن الواجب و فلو افاض قبله عامدا بعد ان وقف به ليلا
ولو قليلا صح حجه الخ ينبغي ان يقيد بقوله عامدا عالما كما سبق في وقوف عرفة ومن الحكم باجزاء الوقوف الليلي
يعلم وجوبه لاستحالة اجزاء غير الواجب عنه ومنه ايضا يعلم كونه ركنا اختياريا وان كان فيه شائبة
الاضطراري لان الموصوف بالركنية حال اجتماعه مع الوقوف بعد الفجر هو الثاني دون الاول وان كان واجبا
معه وجبره بشاة اي وجوبا كالبدنة في عرفة وينبغي ان يكون هذا اذا لم يعد فان عاد في وقته الى الواجب
عليه والمرأة والخائف الخ وكذا غيرهما من ذوي الاعذار فلا وجه للتخصيص ويستحب الوقوف
بعد ان يصلي الفجر والدعاء اي الوقوف للدعاء كذا في حواشي الشهيد وفي العبارة ما لا يخفى لان هذا الوقوف
ان كان هو المنوي فهو واجب وابتداؤه قبل الصلاة وان كان غيره فغير ظاهر استحبابه الا ان يقيد بما ذكره
الشهيد ووطء الصرورة المشعر برجله والصعود على قزح الخ المراد بالصرورة من لم يحج والمراد بوطئه ظ به
برجله ان يعلو عليه وان لم يمكن فببعيره وظاهر العبارة ان المشعر الحرام مغاير لقزح بضم القاف وفتح
الزاي والحاء المهملة وقال الشيخ والمشعر الحرام جبل هناك يسمى قزح ويستحب الصعود عليه وذكر الله
عنده وفي حديث ان النبي صلى الله عليه وآله ركب القصواء حتى اتى المشعر الحرام فرقا عليه الى ان قال فلم يزل
واقفا حتى اسفر جدا قال في الدروس والظاهر انه المسجد الموجود الآن وليس ما قاله ببعيد واعلم انه يتبادر الى
الفهم كثيرا من وطء الصرورة في المشعر برجله كونه حافيا لكن استحباب وطئه ببعيره قد ينافيه مع ان الوطء
بالرجل صادق مع الخف والانعل فلعل المراد استحباب الصعود على وجه لا يكون محمولا على غير البعير مثلا
او يراد انه يستحب ان يطأه برجله فان لم يفعل فببعيره تأسيا بالنبي صلى الله عليه وآله والدعاء اذا بلغ الكثيب
الاحمر عن يمين الطريق اي عن يمينه للمفيض من عرفات ولو ترك الليل بل ولو ثبت لرواية محمد بن مسلم
بطل حجه وان كان ناسيا وان كان جاهلا بطريق اولى وبه صرح في الدروس والوقوف بالمشعر ركن
الخ المراد به الوقوف المتناول لليلي ولما بعد الفجر فالركن هو مسمى الكون ليلا ونهارا وان كان في الليل شائبة
الاضطراري كما قدمناه ولو ادرك الاضطراريين فالاقرب الصحة ما قربه هو الاصح لظاهر النصوص
ولو ادرك احد الاضطراريين خاصة بطل على الاصح في اضطراري المشعر بخلاف اضطراري عرفة فقط فانه
لا يكاد يتحقق فيه الخلاف ويتحلل من فاته الحج بعمرة مفردة سواء كان محرما بالحج او بعمرة التمتع لان الشروع
فيها شروع في الحج والمراد انه يأتي بباقي افعالها مما سوى الاحرام وهل يشترط نية العدول بالاحرام الى العمرة
ام ينقلب بنفسه فيه وجهان اصحهما توقفه على النية لان الاعمال بالنيات وفي بعض الاخبار ما يشهد لهذا

لو افاض ناسيا ثم تذكر
عاد فان لم يعد فالظاهر انه
عامد بخط

ولا ينافيه

ولا ينافيه ما في بعضها مما اوهم خلافه لعدم الصراحة فينزل على الموافقة ثم نقضيه واجبًا مع وجوبه هذا ان كان
وجوبه قد استقر لكونه قد وجب قبل عامه او في عامه مع تفريطه على وجه لولاه لادرك الحج اما لو كان واجبًا عامه
ولم يفرط فلا قضاء عليه لانه قد تبين بذلك عدم الوجوب ويسقط باقي الافعال يحتمل ان يريد بباقيها الا فعال
ما لا يجب مثله في العمرة المفردة مثل الرمي والمبيت بمنى ويحتمل ان يريد جميع ما سوى الاحرام لان الواجب
ح من الطواف والسعي والحلق او التقصير للعمرة لا للحج ثم يعتمر للتحلل يريد به انه ح ينقل النية الى العمرة ويأتي
بافعالها عند المشاهدة مطلقا على الاصح واقتصر المتقدمون في عباراتهم على المنع من المسجد الحرام ومسجد
الخيف لكن لا يجوز وادي محسر صرح به الشيخ والجماعة فان فعل اثم ولا كفارة وحكي في الدروس قولا لابني
بابويه انه ان فعل وجب عليه شاة وليس بمعتمد ويدل على المنع ما رواه هشام بن الحكم في الصحيح عن ابي عبد الله
عليه السلام قال لا تجاوز وادي محسر حتى تطلع الشمس ويمكن الاستدلال بهذه على وجوب استيعاب الوقت من
طلوع الفجر الى طلوع الشمس بالوقوف في المشعر لكن يجب ان يراد بقوله لا تجاوز وادي محسر انه لا تجاوز اليه
اي لا يدخله وان كان خلاف الظاهر لان وادي محسر من منى فالمنع من مجاوزته لا يظهر له وجه الا على تقدير
المنع من دخول منى قبل الطلوع ويلزم منه المنع من دخول الوادي ايضًا وقد يقال استحباب الهرولة
بحيث يستوعبه ولا ريب ان دخول محسر الى الطلوع واستيعاب الوقت كله بالوقوف وان حصلت الافاضة
اولى وللامام بعده اي استحبابًا ومنه يلوح ان مراد المص في عدم تجاوز الوادي الاستحباب دون الوجوب
والرواية محمولة عليه والهرولة في وادي محسر مائة ذراع او مائة خطوة مرتبًا بالكسر اي المقتضي وجوبًا
على الاصح وقيل مستحبًا لدلالة الاخبار عليه فان اخل به اثم واجزأه لانه واجب غير شرط كما دلت عليه الاخبار
وهنا اشكال هو ان الرمي كيفية للواجب ووجه يقع عليه فان كان واجبًا لم يتحقق الاجزاء بدون حصوله
لان الاجزاء انما يثبت حيث يأتي المكلف بالمامور به على الوجه المامور به فمتى لم يات بالمامور به على وجهه
فلا يتحقق الاجزاء فيبقى في العهدة ويمكن تكلف الجواب بان الترتيب ليس مطلوبًا من حيث انه وجه للمامور
به فالمامور به وهو الامور الثلثة باعتبار الامر الدال على طلبها على اي وجه وقعت اجزأت وانما الوجه
المذكور مطلوب بامر آخر كما طلبت هي فاذا وقع الاخلال به كان المكلف ماثومًا باعتبار هذا الامر الخاص
بالوجه المعين ويتحقق الاجزاء بالاضافة الى الامر الاول لان المامور به هذه الامور باي وجه اتفق ولا
امتناع في كون الكيفية المخصوصة مطلوبة باعتبار امر غير مطلوبة باعتبار امر آخر وينكشف لنا كون
الحال كذلك باجزاء الشارع بها من دون الوجه المخصوص ولولا تصريح الشارع بهذا الحكم اعني الصحة من دون
الوجه المخصوص لما تحقق الاجزاء بدونه فليتامل فان قلت يمكن ان نقول في كل وجه لا يلزم من وجوبه اشتراط ط

في مناسك منى

قلنا بل يلزم يجب الظاهر حتى يدل دليل على عدم الوجوب فان قلت يلزم انه اذا وجب امران لا يجزي احدهما
بدون الاخر قلنا يمنع اللزوم اذ لا بعد في احدهما واجبا للاخر ولا كيفية له وعروض كيفية بسببه موقوف
وجوبه على الدليل ويجب في الرمي النية ويجب اشتمالها على تعيين الفعل ووجهه وكونه في حج الاسلام
او غيره حج التمتع او غيره والمقارنة لاول الرمي والاستدامة قاله في الدروس والاولى التعرض للاداء وفي
النفس منه شيء لان تعيين هذا الزمان لهذه الافعال على طريق التاقيت يعين الاداء في الجميع كما في مناسك
يوم النحر وان كان طريق بيان صلاحية الزمان لها وقبوله لفعلها لم يجب ويمكن ان يقال للرمي زيادة خصوصية
فانه لا يكون الا في هذه الايام المخصوصة فان غيره يقع في باقي ذي الحجة وان حرم تاخير البعض ورمي سبع
حصيات بما يسمى رميا قد ينظر في متعلق الباء والتسمية حيث قال فيه فان ظاهر العبارة ان متعلقها المصدر
في قوله ورمي وح فلا حاصل له لانها بالاستعانة على حد كتبت بالقلم وهو ظاهر ولو قال بحيث يسمى رميا
لكان انسب بما يسمى حجرا لا يخفى ما فيه من التكلف وعدم الفصاحة لان رمي سبع حصيات بما يسمى
حجرا غير منتظم ويمكن ان يتعلق بمحذوف تقديره ويعتبر الرمي بما يسمى حجرا وان كان بعيدا ومن الحرم
قد سبق بيان هذا الحكم قبيل الفضل عن الشيخ انه لا يجوز اخذ الحصى من وادي محسر والمسجد الحرام ومسجد
الخيف ذكره الشهيد في حواشيه وابكارا اي لم يرم بها ويستحب البرش اي التي خالط البياض منها
الملتقطة اي التي لا يكون مكسرة بل يلتقط كل حصاة بخصوصها قال المص في المنتهى ويستحب التقاط الحصى
ويكره تكسيرها ظاهره ان ذلك تفسير له وعن الصادق عليه السلم التقط الحصى ولا تكسر منه شيئا وهو مشعر
بما قلناه والطهارة وقيل لوجوبها والاصح خلافه ولا فرق بين الحدث الاكبر والاصغر والرمي
خذفا وقيل يجب وهو ضعيف وفسره المعظم بان يضع الحصاة على بطن ابهام يده اليمنى ويدفعها بظفر السبابة
وفسره السيد بان يضعها على ابهام يده اليمنى ويدفعها بظفر الوسطى وفي الصحاح انه الرمي باطراف الاصابع
ويكره الصلبة والمكسرة وكذا الحمر والسود والبيض ذكره في الدروس وان كان بيديه اي وان
كان الرمي دفعة بيديه معا بحيث يرمي بكل يد حصاة في زمان واحد فرمية واحدة لاتحاد زمانهما
وان تلاحقا في الوقوع لان الرمي دائر مع الالقاء بالبدن لا مع الاصابة وهدي التمتع يجب على
كل متمتع مكيا كان او غيره وقيل لا يجب على المكي اذا تمتع والحق الوجوب للعموم متطوعا بالحج او مفترضا
لا لتصور التطوع بالحج الا في ابتدائه لوجوب الاتمام بالشروع فيه ويتخير مولى الماذون فيه بين الاهداء
عنه وبين امره بالصوم اي الماذون بالحج وانما يتخير لان الناسك عن الواجد عليه الصوم فاذا تبرع مولاه
بالهدي جاز ومع الضرورة الصوم على راي هذا هو الاصح لان على كل واحد هديا او بدله وفي

النذب يجزي عن سبعة اذا كانوا اهل خوان واحد لا يراد بالنذب الحج نذبًا بل الهدي المندوب وهو الا صحيحة
والمبعوث من الآفاق والمتبرع به في السياق اذا لم يتعين بالاشعار او التقليد او القول وللحرمان بضم الحاء المهملة
وكسرها اباً بالكل عليه ولو فقد الهدي ووجد ثمنه خلفه عند ثقة هذا هو الاصح لانه واجد لان الجدة
هي الغنا فان اخرها صام يوم التروية الحاى اذا اخرها الثالث فيجب صومها على هذا الوجه فقد صامها بعد
ايام التشريق ويجوز تقديمها من اول ذي الحجة لا قبله بعد التلبس بالمتعة تقديمها من اول ذي الحجة
رخصة وردت بها رواية لكن يشترط ان يكون قد تلبس بالمتعة بان احرم بها ولو بالعمرة ولا يشترط التلبس
بالحج على الاصح لعدم الدليل ولان التلبس بعمرة التمتع تلبس بالحج ولا يشرع قبله اي قبل ذي الحجة قطعًا
فان وجد وقت الذبح فالاقرب وجوبه يحتمل عود ضمير وجد الى من قدم صوم الثلاثة من اول ذي الحجة
ويحتمل عوده الى من صامها قبل يوم النحر الا انه ليس في العبارة مرجع ظاهر يدل عليه الكلام وعوده الى
ما دل عليه قوله وهو صوم عشرة ايام ثلاثة في الحج متوالية اخرها عرفة مع خفائه لا يطابق المراد الا ان
يقال اذا دل على وجوب الذبح هنا في غيره بطريق اولى ووجه القرب انه قدر على الذبح في محله وفي الكبرى
منع والاصح عدم الوجوب لان امتثال المامور به يقتضي الاجزاء فان خرج ولم يصمها وجب الهدي
اي متحتمًا في ذمته الى حين التمكن منه ولو وجد بعدها قبل التلبس بالسبعة ذبح استحبابًا اي
بعد الثلاثة قبل التلبس بالسبعة وذلك حين حضور وقتها وهو بعد ايام التشريق فلا يرد التدافع
في العبارة على تقدير الاحتمال الثاني من عود ضمير وجد فانه لولا ذلك لزم من الاولى وجوب الذبح ومن
هذه العبارة استحبابه على تقدير ان يكون الوجدان بعد الثلاثة مطلقًا وقت الذبح فان مقتضى هذه
العبارة الاستحباب مطلقًا ولو في يوم النحر لولا القيد الذي قيدناه به وعلى الاحتمال فالفرق بين ما لو صام
من اول ذي الحجة وما اذا صام يوم السابع وما بعده ان الاول رخصة فيكون اجزاؤه مشروطًا بعدم
الوجدان وقت الذبح بخلاف الثاني وكيف كان فالاصح الاستحباب مطلقًا والمراد بقوله ذبح استحبابًا
انه يستحب له ضم الذبح الى الصوم لانه توقف نية الاستحباب كذا قيل وفيه نظر لانه بعد الخروج من العهدة
وبراءة الذمة كيف يتحتم عليه الوجوب نعم يمكن ان يقال يتخير فان قيل نية الوجوب لاجل سقوط السبعة
التي بقيت فان الفعل الواجب لا يسقط بالمندوب قلنا التخير ثابت فان نوى الوجوب سقطت السبعة
وان لم ينوه لم يسقط فيأتي بها ويكون قد جمع بين الفعل وبدله فلا يتم ما ذكره من اعتبار نية الوجوب
مطلقًا ولو مات من وجب عليه الصوم قبله صام عنه الولي وجوبًا العشرة على راي وان لم يصل بلده
هذا هو الاصح اذا تمكن من فعله ولا اصرح في الرواية الدالة على عدم الوجوب بالنسبة الى محل النزاع

فان قلت كيف يتصور استقرارها قبل الوصول الى بلده قلنا يتصور في مجاور مكة اذا مضت المدة المشترطة طر
فمن تراخى في الطريق عن الوصول ولا يجب بيع ثياب التجمل في الهدي ولو فعل اجزاه لانه مخاطب
بالصوم جوازا لا حتما للاصل ولهذا لو تبرع له متبرع اجزاه ومن وجب عليه بدنة في نذر او كفارة
لا سيما في النذر ان نذر ذلك ينحر بقرة اذا عجز عن البدنة وان عجز فسبع شياه وانما وجبت الشياه
السبع للعجز عن بدنة الكفارة فعجز عنها صام ثمانية عشر يوما لرواية داود الرقي وينبغي ان يكون تتابعها
مستحبا ومن البقر والغنم ما دخل في الثانية وفي عبارة الشيخ في المبسوط ما دخل في الثالثة وربما
قيل ان الثني في المعز ما دخل في الثالثة ذكره المص في المنتهى في كتاب الزكوة وحكاه عن الشيخ والاصح
اجزاء ما دخل في الثانية مطلقا في غير الابل ويجزي الجذع من الضان لسنته اذا كمل سبعة اشهر
ودخل في الثامن وقيل اذا دخل في السادس فلا يجزي العوراء سواء كان عورها بينا وهي المنخسفة
العين ام لا صرح به في المنتهى فلو كان على عينها بياض ظاهر لم يجز ولا العرجاء البين عرجها وهي التي
لا تسير مع القطيع ولا مقطوعة الاذن بخلاف المشقوقة من غير ان يبين هناك شيء فانها تجزي ولو تعذر
الا المعيبة فالظاهر الانتقال الى الصوم ولا المهزولة وهي التي ليس على كليتيها شحم الكلية بالضم الا ان تكون
قد اشتراها على انها سمينة اي فان ظهر هزالها لا قبح في الصحيح ويجب ان يكون ذلك مقيدا بما اذا لم يظهر
الحال قبل الذبح فان علم هزالها قبل لم يجز ولو اشتراها على انها تامة فظهرت ناقصة لم يجز الفرق مع النص
خفاء الاول بخلاف الثاني ويستحب ان تكون سمينة تنظر في سواد الخ يمكن ان يكون المراد بنظرها في السواد
الخ الكناية عن سمنها من حيث سعة ظلها بحيث تمشي فيه وتنظر فيه او انها سمينة لانها نظرت ومشت
وتركت في السواد الذي هو العلف الاخضر ويمكن ان يراد سواد هذه المواضع منها وهو حقيقة اللفظ
لكن لما كان المقصود نفع الفقراء كان المجاز هنا راجحا قد عرف بها اي احضرت عشية عرفة بعرفة
كذا فسره في المنتهى والتذكرة ويكفي قول بايعها وقسمته اثلاثا بين الاكل والهدية والصدقة والاقوى
وجوب الاكل الاصح وجوب القسمة ووجوب الاكل منه لما يقع عليه اسمه والاهداء والصدقة وظاهر عبارة
المص ان الاكل واجب دون الاهداء ولا يعلم حال الصدقة من عبارته لكن قال في التذكرة انه على القول بوجوب
الاكل لا يضمن بتركه بل ترك الصدقة لانه المطلوب الاصلي من الهدي قال وان اخل بالاهداء فان كان بسبب
اكله ضمن وان كان بسبب الصدقة فلا ومقتضى هذه العبارة امور وجوب كل من الامور الثلاثة على
القول بوجوب القسمة وانه يأثم لو لم يهد كما يأثم اذا لم يأكل وانه كان لا يضمن مع الصدقة ويفهم منه انه لو لم يتصدق
يضمن ويفهم منه انه لا يكفي في الصدقة القليل كما صرح به ابن ادريس وانه يضمن لو صرفه في غيرها الذي يقتضيه

بخطه
الظاهر ان من اقام بغير مكة انتظر قدر وصوله الى اهله ان زاد على سنة والا فالشهر ويمكن ذلك اقتصارا في المنصوص على موضع النص ودليله ظاهر وسبعة اذا رجع فان الرجوع اما حقيقة او حكما
بخطه

باب في صفات الهدي

النظر وجوب قسمة الهدي اثلاثاً و وجوب الاكل من ثلث وان كان الحديث يقتضي اكل الثلث جميعه لعدم قا بل
بوجوب اكل جميعه الثلث ولان مطلوب العبادة يتادى بذلك و وجوب اهداء ثلث الى المعتر الذي هو اغنى من
القانع و وجوب الصدقة بثلث على القانع تمسكاً بظاهر الآية ومتى اخل بشئ من ذلك فالذي ينبغي ان يقال
مع ثبوت الاثم عليه يضمن سهم الصدقة قطعاً وفي ضمان سهم الاهداء تردد ينشأ من انه لم يات بالمامور على وجهه
اذ مطلق الصدقة هنا غير مطلوبة بل صدقة مخصوصة ولم يات بها ومن ان الصدقة على الاجوج ابلغ من
الصدقة على غيره ان اعطاه للقانع وان اعطاه للمعتر فالاحلال انما هو بخصوصية الاهداء ولا يكاد يخرج
عن معنى الصدقة والنظر ينساق الى الاول والاثم بالاثم فانا قلنا به ضمن القيمة فيهديها الى المعتر واما ثلث الاكل
اذا خالف به فضمانه ابعد ويمكن ان يقال يأثم بتركه ويتحقق الاجزاء و وجوب شئ آخر خلاف الاصل ولا يرد
هذا في سهم الاهداء لان المستحق لم يصرف اليه وصرفه ممكن وقول المص في التذكرة باجزائه ان تصدق به غير
واضح لان هذه الصدقة منهي عنها لوجوب الاهداء فكيف يقع مجزءاً فان النهي في العبادة يدل على الفساد وا علم
ان مستحق الصدقة هو الفقير المومن فالقانع هو الذي يقنع بما اعطى والمعتر اغنى منه وهو الذي يعتريك فلا
يسئلك كذا في الرواية وفيها ان المساكين هم السوال وان لهم ثلثاً وللقانع والمعتر ثلثاً وهو خلاف ما عليه الاصحاب
وخلاف ظاهر الآية ويكره التضحية بالجاموس وكذا الجمل والموجو هو مرضوض الخصيتين

ويجب في الذبح النية مقارنة له مستدامة الحكم مشتملة على تعيين الحج الذي يذبح فيه والوجه ا قد ربطت
بين الحقو والركبة اي ربطت هذا هما معاً كذلك وطعنها من الجانب الايمن اي يقف الذابح من جانبها الايسر لمن
ويطعنها في الثغرة وهي الوهدة ولو ضل الهدي فذبحه غير صاحبه لم يجز عند الاصح انه يجزي اذا ذبحه
عن صاحبه للرواية الصحيحة واختاره في الدروس وهل يجب تعريفه في رواية انه يعرفه ثلاثة ايام ثم يذبحه
ولم اجد لاحد تصريحاً بالوجوب وصرح في الدروس بالاستحباب ولعله لكون الفعل يدخله النيابة فلا يلزم
من عدم التعريف فساد ويمكن ان يقال ان التعريف فائدته علم احتياج مالكه الى هدي آخر وكيف قلنا
فلو ترك التعريف قبل الذبح صح وتخير ان يعرفه بعد ذلك فان لم يجد المالك ينبغي ان يقال يتصدق به ه في هدي القران
ويسقط وجوب الاكل ح ولا اعلم بهذا التفصيل تصريحاً ولا يخرج هدي السياق عن ملك سايقه وله ابداله له
والتصرف فيه وان اشعره او قلده هذا مخالفة لعبارة الشيخ وابن ادريس فانهما حكما بانه له ذلك اذا لم يشعره
ولم يقلده وينبغي ان يحمل على ما اذا لم يكن الاشعار والتقليد على الوجه المعتبر وهو الذي يعقد به الاحرام
او يوكده به اذا عقد بالتلبية لانه اذا اشعره او قلده كذلك تعين ذبحه او نحره لقول الصادق عليه السلام
في صحيحة الحلبي وان كان اشعرها نحرها وبه صرح في المنتهى ولهذا يجب ذبحه لو ضل فاقام غيره ثم وجده

قبل ذبح الاخر وح فلا يجوز ابداله ولا اتلافه ولا التفريط فيه كما سياتي في عبارته وقوله لكن متى ساقه فلابد من
نحره لا يراد بسياقه امر زائد على اشعاره او تقليده فان السياق بمجرده لا يوجب ذلك قطعاً اتفاقاً ومقتضى
النص وكلام الاصحاب عدم الاحتياج الى ضميمة مع الاشعار او التقليد في ذلك فينبغي ان يحمل عليه ويكون
السياق الاول يراد به مطلق المصاحبة من غير اشعار ولا تقليد فعبارة المص لا تخ من تدافع لان جواز ابداله لم
يمنع من وجوب نحره متحتماً ومن ضمانه مع التفريط ومن وجوب ذبح الاول اذا اختل فاقام بدل ثم وجده والتا لف
الذي حاوله شيخنا الشهيد في هذه العبارة لم يتم له لان تنافيهما باق نعم لا دليل يدل على خروجه عن ملك مالكه
ولا يتعين هدي السياق للصدقة الا بالنذر مقتضى هذه العبارة مع ما قبلها ان الواجب هو النحر خاصة
دون ما سواه فاذا نحره فعل به ما يفعل بسائر امواله والحق انه يجب فيه ما وجب في هدي التمتع وسياتي
عن قريب انشاء الله والمضمون كالكفارات يجب البدل فيه اي وهدي السياق المضمون الخ فيعلم منه ان
هدي السياق لا يشترط ان يكون متبرعاً به بل لو كان مستحقاً صح فاذا ساق هدياً وجب في ذمته بكفارة او
نذر لا هدياً مالبس معيناً تعين فاذا هلك وجب بدله لان الذي في الذمة امر كلي وانما يتحقق الخروج عن
عهدته اذا ذبحه على الوجه المعتبر فمتى لم يتحقق ذلك عاد الى الذمة كما كان ويمكن ان يكون معنى العبارة
والهدي المضمون كالكفارات الخ وكيف كان فالعبارة صالحة لان يكون هذا الهدي هدي سياق وان كانت
لا يستفاد منها الا بارتكاب تكلف ودعوى دخاله في احكام السياق ويفهم من العبارة ان غير المضمون كالمنذور
بعينه لا يجب بدله اذا هلك وهو حق والاخبار شاهدة بذلك ولو عجز هدي السياق ذبح او نحر مكانه
وعلم بما يدل على انه صدقة المجزي كون ذلك كله على طريق الوجوب لان النحر واجب فلا يسقط وتعذر مكان
الواجب لا يسقط الوجوب ولانه حق الفقراء فيمتنع القول بسقوطه ويجب الاكل منه ان قلنا بوجوبه من هدي
السياق وسياتي ولو كان منذوراً للصدقة به لم يجز الاكل منه وعلى هذا ينزل رواية عمر بن حفص الكلبي عن
الصادق عليه السلام وقد قال له رجل ساق الهدي فعطب في موضع لا يقدر على من يتصدق به عليه ولا من
يعلم انه هدي قال ينحره ويكتب كتاباً ويضعه عليه ليعلم من مر به انه صدقة وعبارة المص هنا تحتمل الوجوب
وعدمه وفي التحرير عبر بالجواز والذي اذهب اليه الوجوب لان طريق التوصل الى التصدق به انحصر في
ذلك ولا يجب الاقامة عنده وان امكنت نعم لو امكن ايصاله الى موضع ذبحه بغير مشقة وجب واعلامه
بما يدل على حاله يكون بالكتابة كما في الرواية وبغمس النعل في دمه وضرب صفحة سنامه به ومقارنة النية
لنحره واعلامه كافية عن النية عند التناول لقيامه مقامه ويعول على ذلك ح فيجوز الاكل منه ويلزم منه
شبان الاكتفاء في التذكية بالقرينة والاعتماد في الاكل من مال الغير على الكتابة ونحوها ويحتمل بعيداً

الكل

الكسر فيجب الصدقة بثمنه او شراء بدله هذا الحكم مشكل لان هدي السياق صار متعينا بنحره فكيف يجوز بيعه
ثم انه لا معنى لتخصيص الحكم بذلك بالكسر فان الاخبار خالية عن الدلالة على ذلك ان ذلك حكم الكسر وحده
فان حسنة الحلبي قال سألته عن الهدي الواجب اذا اصابه كسر او عطب أيبيعه صاحبه ويستعين بثمنه
في هدي آخر قال يبيعه ويتصدق بثمنه ويهدي هديا آخر مصرحة بالكسر والعطب كما هو واضح وكذا
صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن الهدي الواجب اذا اصابه كسر او عطب ايبيعه
صاحبه ويستعين بثمنه في هديه قال لا يبيعه وان باعه تصدق بثمنه وليهد آخر والذي يقتضيه صحيح
النظر ان ذلك حكم الهدي المضمون في الذمة اذا عينه في هدي بقوله هذا الهدي الفلاني فانه يتعين بغير خلاف
نقل الاجماع عليه في المنتهى فاذا عرض له كسر ونحوه فانه يبطل التعيين على الاصح ويعود الى ملكه فيقيم
بدله وجوبا وان شاء باع هذا او وهبه لانه ملكه وان شاء ذبحه وتصدق به استحبابا نظرا الى انه قد عينه
وان باعه فالافضل له الصدقة بثمنه فالصدقة بثمنه وذبحه مع الآخر في الروايتين محمولان على الاستحباب
لما قلناه من بطلان التعيين الخاص لامتناعه ولا يمكن حمل الروايتين على هدي السياق للقطع بعدم وجوب
اقامة البدل وبطلان القول بجواز بيعه لتعين نحره باشعاره ومنافاة ذلك للرواية السابقة بالذبح فيحملان ن
على الهدي المضمون جمعا بين الاخبار والدلائل وتقليلا لارتكاب المجاز بحسب الامكان وهذا هو الذي
يلوح من عبارة المص في المنتهى والتذكرة ولم اجد هذا في كلام احد من الاصحاب بل الجميع يجوزون البيع
من غير تقييد نعم عبارة المص في الكتابين يرشد الى ذلك فعلى هذا قول المص ويجوز بيعه لا يمكن اجراؤه
في هدي السياق فلابد من التنبيه لكون ذلك حكم الهدي المضمون لا هدي السياق   ولو سرق من غير
تفريط لم يضمن وان كان معينا بالنذر جملة ان وصلية معطوفة على جملة محذوفة تقديرها ان لم يكن معينا
بالنذر وان كان معينا بالنذر وينبغي في الاولى المضمون المعين بالقول فانه ليس معينا بالنذر مع انه
يجب اقامة بدله قطعا وفي عدة من الاخبار دلالة عليه وهذا من مدلول العبارة بمنطوقها لان
المحذوف لدليل كالمذكور وزعم شيخنا الشهيد ان هذا مستفاد بمفهوم الموافقة وليس كذلك ويفهم من
القيد في قوله وان كان معينا بالنذر ان المعين بغيره يجب بدله وليس كذلك ويفهم من القيد في قوله
وان كان لان المعين بالقول مع النية يتعين ولا يجب اقامة بدله وكذا المعين بالاشعار فالعبارة غير
جيدة   ولو ضل فذبحه الواجد عن صاحبه اجزأ عنه الظاهر ان المراد به هدي السياق بدليل سوق
العبارة فلا يراد منه ذلك ليس على اطلاقه بل يستثنى منه الكفارة والنذر المطلق الا ان العبارة بالنسبة على حكمها
ام مطلوب لانه ربما اوهم التعميم وجميع ما سبق في هدي التمتع اذا اخل آت هنا   ولو اقام بدله ثم وجده

ذبحه ولا يجب ذبح الاخير ولو ذبح الاخير استحب ذبح الاول وقد سبق انه لا يجب الا مع بدله وح فلا يكون الذبح
واجبا فكيف يجزي عن الواجب المتعين اعني ذبح الاول وينبغي ان يكون الحكم للهدي المضمون اذا عين اما
هدي السياق فانه يتعين ذبحه سواء ذبح الثاني ام لا ولو ندب ذبح الثاني فذبحه فالظاهر انه لا يسقط وجوب
ذبح الاول عند وجدانه ويجب مع النذر اي ويجب ذبح الاول مع كون ذبحه منذورا وان ذبح الثاني
وكذا ينبغي ان يقال في هدي السياق ويجوز ركوبه وشرب لبنه اي هدي السياق لانه لم يخرج عن ملكه
كما قلناه بخلاف ما لو خرج بنذر وشبهه كما صرح به ابن الجنيد والمص في المختلف فيغرم لمساكين الحرم لو فعل
ما لم يضر به وبولده لعلم مثران حال ولده كحاله في وجوب الذبح وهو الاصح ولا يجوز اعطاء الجزار
من الواجب شيئا اي من الواجب في نذر او كفارة ونحوهما فان اكمل صرف الماكول هذا هو المناسب وفي
عبارة التحرير اضمر مثل الماكول وهو غير ظاهر ويستحب ان ياكل من هدي السياق الح الاصح الوجوب في
كهدي التمتع للرواية وهو مقرب الدروس واختيار ابي الصلاح ويجزي الهدي عن الاضحية لان الاضحية
تتحقق بالذبح وان كان واجبا فان اختلف تصدق بثلث الاعلى وثلث الاوسط والادون اي ان اختلف
الثمن وقد كان الاسهل ان يقول تصدق بثمن نسبته الى المجموع نسبة الواحد الى عدد الاثمان ويكره
التضحية بما يربيه للنص على ذلك بل يشتري ويضحي واعطاؤها الجزار يكره اعطاؤه من الجلود واللحم
والمراد اعطاؤه اجرة فلو كان فقيرا فلا شبهة في الجواز لفقره وزمانه من حين الصلاة الى ضيق الوقت
المراد ضيق وقت الحج بحيث يعلم فواته باعتبار عدم سعة الوقت لذبح كهدي التمتع وهو بناء على ان لهدي
الصد بدلا وقيل لا بدل له وسياتي ان شاء الله ومكان الكفارات جمع بضم الجيم وفتح الميم تاكيد للكفارات
ويجب اخراج ما يذبح بمنى الى مصرفه بها اي يجب صرفه الى ذلك ففناء الكعبة بالحزورة هي بفتح الحاء
المهملة واسكان الزاي وتخفيف الواو المفتوحة والراء بعدها وفناء الدار بكسر الفاء ما امتد من جوانبها
ويجوز اخراج ما ضحاه غيره وكذا يجوز اخراج السنام ولو استثمر اللحم من المسلمين جاز الخ ذكره
في الدروس ويشكل لو كان لحم اضحية لاطلاق الاخبار بكراهة اخراجه عن منى والحلق افضل اي افضل
الواجبين المخير فيهما الشعر خصوصا في الملبد والصرورة الملبد بكسر الباء الموحدة مشددة قال في التذكرة والتلبيد ان
ياخذ عسلا وصمغا ويجعل في راسه لئلا يقمل او يتسخ ولا يتعين عليهما على راي الاصح انه لا يتعين عليهما
لظاهر الآية ويجب على المراة التقصير الحلق ولو في اجزائه نظر الاصح لا يجزي للنهي عنه تبعا للنهي عن الجملة
المقصودة دون الابعاض ويجزي في التقصير قدر الانملة بل اقل المجزي اقل ما يقع عليه اسم التقصير عرفا
لاطلاق الاخبار وبه صرح في المنتهى ولو تعذر لم يكن عليه شيء اي لو تعذر البعث فوله وهب من لا

شو

شعر على راسه الموسى عليه سواء كان حالقاً في احرام العمرة او كان اصلع كما سبق لكن يجب الامرار في الاول ل
ويستحب في الثاني للرواية وهل يجزي عن التقصير فيه قولان وفي رواية ما يدل على الاجزاء ولا ريب ان وجوب
التقصير اولى والاستدلال بل لو رواية لا بد من شيء ولا يمنع وجوب الامرين على الحالق في احرام العمرة نظراً
الى امكان كونه وجوب الحلق عقوبة ويعيد الطواف الاصح انه لا فرق في وجوب اعادة الطواف بينه
العامد والناسي وهل يعيد السعي من العبارة العدم وصرح المص في التذكرة والمنتهى باعادته وهو الاصح
لظاهر رواية ابن يقطين وللاخبار الدالة على عدم الاعتداد بالسعي لو لم يكن طاف ويستحب ان يبدأ في
الحلق بناصيته من قرنه الايمن المراد انه يبدأ بشق ناصيته الايمن ويحلق قرنه الايمن ويحلق الى العظمين
المراد بهما العظمان اللذان في اسفل الصدغ يحاذيان وتدي الاذنين وهما الهيئتان اللتان في مقدمهما
ولا يخفى انه يجب في الحلق او التقصير النية مقارنة لاوله مستدامة الحكم ولا بد من التعرض لكونه في حج الاسلام م
او غيره والوجه من وجوب وندب ولو قدم الطواف والسعي على الذبح ففي الدروس ان الكلام فيه كالكلام
في الحلق قال وكذا لو قدم الطواف على الرمي او على جميع مناسك منى يحرم مع الجهل وفي التعمد والنسيان ه
الاشكال ان الطيب والنساء والصيد على اشكال الاشكال في الصيد خاصة والمراد به الصيد الذي
حرمه الاحرام دون الذي حرمه الحرم فان ذلك يبقى وان طاف للنساء وينشأ الاشكال من زوال الاحرام
المقتضي للتحريم ومن انه بقاء شيء من محرماته يقتضي بقاء التحريم للاستصحاب والاصح تحريمه الى ان يطوف
وهو التحلل الاول للمتمتع اما غيره فيحل له الطيب ايضا المراد بغيره القارن والمفرد وانما يحل لهما الطيب
اذا قدما طواف الحج وسعيه على الوقوفين فانه يجوز لهما ذلك اختيارا على الاصح وعبارة المص مطلقة فظاهره
الجواز مطلقا وكذا عبارات اكثر الاصحاب وهو مشكل لان روايات تحريم الطيب حتى يطوف ويسعى مطلقة
وطريق الجمع الحمل على تقديمهما وبه صرح في الدروس والظاهر ان المتمتع لو قدمهما لضرورة كذلك فاذا
طاف للحج حل له الطيب الاصح انه لا بد في حله من الاتيان بالسعي ايضا لرواية منصور بن حازم فاذا
طاف للنساء حللن وحل فيحل الصيد الاحرامي ويحرم على المرأة الرجل لو تركته على اشكال منشأه
عدم النص وان الظاهر اشتراك التحريم والاصح الثاني اذ لا معنى لوجوب طواف النساء عليها لولا ذلك
فان تعذر استناب اي لزم منه المشقة الشديدة فاذا طاف النايب حل له النساء اذا علم بذلك كما صرح
به ابن ادريس لا مطلقا وفي الدروس لو عله في وقت بعينه فالاقرب حلهن بحضوره عملاً بالظاهر ولو
تبين عدمه اجتنب والذي ينبغي عدم الجواز حتى يعلم اتيان النايب وهل يشترط مغايرته لما يأتي به
من طواف النساء الحج الاصح انه يشترط ذلك ولا يحل النساء بدونهما معاً ويتخير في عدم ايهما شاء لكنه يشكل

نهم ص

انشاء احرام آخر قبل طواف النساء للاول ويحرم على المميز النساء بعد بلوغه لو تركه على اشكال لانه من باب
الاسباب ولهذا يجب على الولي منعه منهن حال الاحرام ويجب عليه الكفارة لو فعل موجبها اما مطلقا او اذا
كانت بحيث تجب بالمحرم عمدا وسهوا والاصح التحريم ومقتضى العبارة انه لو لم يتركه لم يحرم عليه النساء وهو
ممكن ويمكن القول بالتحريم كما لو احدث فتطهر ثم بلغ والتقييد بالمميز يخرج غير المميز وانعقاد احرامه ووجوب
مجانبته على الولي ما يجتنبه المحرم يقتضي عدم الفرق بل المجنون لو احرم عنه وليه ينبغي ان يكون كذلك للحكم
بصحة احرامه ولهذا لو افاق قبل احد الموقفين اعتبر صحة او اجزاؤه وفي وجوب الطواف على المميز وغيره
قوة وبه صرح في الدروس وكذا المجنون وانما يحرم بتركه الوطي دون العقد الظاهر ان هذا راجع الى اصل
الباب اي انما يحرم على تارك الطواف النساء والاصح تحريم العقد ايض وكلما حرمه الاحرام مما يتعلق بالنساء
عملا بالاستصحاب خصوصا المتمتع فان اخره اثم واجزاء الاصح ان التاخير مكروه وهو اختياره في المختلف
للنصوص الدالة على ذلك ثم يصلي ركعتين عند المقام اي عند المقام الحقيقي الذي هو موقف ابراهيم
عليه السلم اما ما يسمى بالمقام الآن وهي البنية التي خلفه فيتعين الصلاة الا لضرورة كما سبق ولا بأس بالليالي
التشريق الا ليلتها ثم انما سميت ليالي التشريق في ايام التشريق ويجوز لمن اتقى النساء والصيد الخ المراد باتقاء
النساء عدم اتيانهن في حال الاحرام بمعنى عدم الجماع لا مطلق ما يحرم على المحرم مما يتعلق بهن كالقبلة واللمس
بشهوة على ما يظهر من عبارة الحديث وعبارة المص في المنتهى والتذكرة فانه قال فيهما انما يجوز النفر في النفر الاول ل
لمن اتقى الصيد والنساء في احرامه فلو جامع في احرامه او قتل صيدا فيه لم يجز له ان ينفر في الاول واحتج
بقوله تعالى لمن اتقى ولقول الصادق عليه السلم من اتى النساء في احرامه لم يكن له ان ينفر في الاول ومثلها عبارة
المنتهى ولان المتبادر الى الفهم من اتقاء النساء وعدمه هو مجانبة الوطء ابقاء وعدمها وكذا الظاهر ان المراد من اتقا ابقاء
الصيد عدم قتله كما هو ظاهر عبارة المنتهى والتذكرة ايض ويحتمل العموم في كل من الامرين والاصل بل الفعل في
بعض الاخبار اعتبار اتقاء جميع محرمات الاحرام واختاره ابن ادريس والمشهور الاول والاتقاء معتبر
في احرام الحج قطعا وفي عمرة التمتع بالاضافة الى الحجة في وجه قوي لانها جزء من حج التمتع لا العمرة المبتولة
على الظاهر لعدم الارتباط المقتضي لمبادرته الى الفهم وهل يفرق بين العامد والناسي في الامرين معا فيكون
الناسي متقيا ام في النساء فقط اذ لا شيء على الناسي لو جامع بخلاف قتل الصيد سهوا ام لا يعد متقيا
فيهما اوجه ولم اظفر في ذلك بكلام للاصحاب ولو بات الليلتين بغير منى وجب عليه عن كل ليلة شاة
في حواشي الشهيد ان الجاهل لا كفارة عليه فظاهر الاخبار العموم فلا نفرق بينه وبين العامد ولو قيل
ان الجاهل مامور بالتعلم واخلاله به لتقصيره لا يعد عذرا مع احتمال الفرق وقوفا مع اصل البراءة الذي

موضع الوفاق   الا ان يبيتا بمكة مشتغلين بالدعاء اي كل من المبيتي وغيره ويجب استيعاب الليلة بالعبادة
لظاهر رواية معوية بن عمار الصحيحة ولو كان مضطرا الى المبيت بغير منى كما لو دعته حاجة ماسة او حفظ
مال او لمريض او كان من اهل السقاية جاز الخروج من منى الى غيرها والمبيت هناك ولو غربت الشمس على المضطر
فربما فرق بين اهل السقاية والرعاة لان الرعي لا يكون ليلا فيجوز لاهل السقاية دون غيرهم والحق في التذكرة
نحو من له مريض بمكة باهل السقاية ولو خرج من منى بعد نصف الليل جاز وفي بعض الاخبار لا يدخل
مكة الى الصبح وهو قول الشيخ ويحتمل ضعيفا الاكتفاء بمجاوزة نصف الليل متعبدا لجواز الخروج من منى ح
ولا فرق بين العبادة الواجبة والمندوبة العلمية والعملية لتعليل الحكم في الخبر بالطاعة ويستثنى ما لابد منه
من اكل وشرب ونوم يغلب او نحوها لم تركه لان الزهرة يسوغ معها ترك المبيت   ولو غربت الشمس يوم
الثاني عشر بمنى وجب على المتفق المبيت اي وان كان متاهبا للخروج وان خرج عن منى قبله ثم رجع ه
لنسيان شيء فغربت الشمس لم يجب المبيت نص عليه المص وشيخنا الشهيد وان ارتحل فغربت قبل مجاوزة
منى فاشكال   ولو رمى اللاحقة بعد اربع حصيات ناسيا حصل بالترتيب اي حصل الرمي بالترتيب وكذا
الجاهل نص عليه في الدروس والرواية تشمله اما العامد فلا لثبوت عدم جواز العدول عن اللاحقة قبل اكمال ل
السابقة المقتضي لعدم مطابقة الواجب فلا يكون مجزيا   ولا يحصل بدونها فيجب عليه اعادة اللاحقة قطعا
وكذا السابقة عليها وهي التي رماها دون الاربع وعليه دلت الرواية الصحيحة عن الصادق عليه السلم ولو رمى ه
الاولى اربعا ثم الثانية اربعا ثم اكمل الاولى فان كان عدوله عن الاولى قطعا عمدا وجب استيناف الرمي على الثانية ثنيه
قطعا ولا يجب لو كان سهوا اما الاولى فلا يجب اعادتها على حال وهل يجب استيناف الثانية لو كان رميها اقل من
اربع اذا رمى الاولى اربعا ثم عدل الى الثانية سهوا نظرا الى فوات الموالاة لا يبعد القول به وفي الرواية ما
يقتضيه فان وجوب اعادة الرمي كله لو رمى الاولى ثلثا ثم رمى الثانية عمدا او سهوا ليس لفوات الترتيب
اذ يكفي فيه اعادة رمي الثانية بل الظاهر انه لفوات الموالاة فيقتضي الاعادة فيما ذكرناه   ولو ذكر في اثناء
اللاحقة اكمل السابقة اولا وجوبا ثم اكمل اللاحقة مطلقا الظاهر ان المراد بالاطلاق اتمام الاربع وعدمه ويمكن
اعتباره في اكمال كل من السابقة واللاحقة فيندرج فيه ما اذا رمى الاولى ثلثا ثم انتقل الى الثانية فيكمل الاولى
ثم الثانية الان قوله ولا يحصل بدونها ينافيه وصريح الرواية وجوب الاستيناف ههنا ومع هذا فلا دلالة في
شيء من العبارة على وجوب استيناف رمي التي رماها اقل من اربعة ثم رمي ما بعدها لكن صرح في غير هذا
الكتاب بالاستيناف وهو الاصح وهو صريح الرواية فيمكن قصره على اكمال اللاحقة مطلقا ومقتضاه عدم
اعتبار الموالاة في هذا القسم ومثله ما سياتي من قوله ولو رمى الثالثة ناقصة اكملها مطلقا وهو صريح كلامه في

المبسوط في الدروس توقف في ذلك واعتبار الاربع قوي كما قلناه ق وملئذان اي وقت الاجزاء والفضيلة
وقضاه من الغداي بعد طلوع الشمس لو نسي رمي يوم قضاه في الغد اي بعد الطلوع الا لضرورة
ويستحب ان يوقعه بكرة المراد به بعد الطلوع الى الزوال ثم الحاضر معطوف على قوله يبدأ بالفائت
وما بينهما اعتراض ويستحب ان يوقع الحاضر عند الزوال لما سبق قوله ولو عجز في القابل المراد في زمان
الرمي لا مطلقا فلو اغمي عليه لم ينعزل نائبه لان الكل باب الاغماء يوجب زوال الوكالة فزوال النيابة وجه به
ان المجوز لهذه النيابة انما هو العجز وبالاغماء يزداد وفي رواية صحيحة عن الصادق عليه السلام يرمى عنه وهي
محمولة على انه استنابه قبل الاغماء ويستحب الاقامة بمنى ايام التشريق المحكوم عليه بالاستحباب هو
المجموع من حيث هو مجموع فلا ينافيه وجوب الاقامة زمان الرمي ولا وجوب المبيت ليلا اما الليلتين او ثلاثا
ان شملت الايام الثالث ويرمي الاولى عن يساره من بطن المسيل الذي في الرواية يرمي الاولى عن يسارها
وفي الدروس عن يسارها ويمينه وعبارة المصنف مقتضاها الرمي عن يسار الرامي وكانه يريد عن جانب
يساره وان كان محاذيا ليمينها لان بطن المسيل محاذيا بيسارها اذا كان عن يسار المتوجه الى مكة كان المستقبل
لها والقبلة اذا رماها من بطن المسيل محاذيا بيسارها ليمينه وان كان جانب يساره فيستقيم العبارتان ويحتمل
ان يراد في العبارة يسار الجمرة بتأويل البناء ونحوه وهو بعيد والذي في التذكرة والمنتهى هو ما في الرواية
ولو رمى الثلاث ناقصة اكملها مطلقا اي بلغ الاربع ام لا واعتبر ابن بابويه الاربع فيعيد اذا قطع لدونها
والذي ينبغي الاعادة اذا قطع لدونها وفاتت الموالاة سواء كان عمدا او لا نظرا الى ان الرواية تقتضي وجوب
الموالاة للاحتياط كما نبهنا عليه اما الاولتان فكذلك ان رمى اربعا ناسيا اي يكمل رميهما اذا رماهما ناقصتين
ثم رمى الثالثة بشرط ان يكون قد رماهما اربعا اربعا ولم يكن عدوله عن واحدة الى ما بعدها عمدا وفي عبارة
المصنف مناقشتان احدهما انه كان عليه ان يقول اربعا اربعا مرتين لان رمى احدهما فقط اربعا لا يحصل
الترتيب ولا يندفع السؤال بتقدير ان رماهما اربعا لان ذلك صادق برمي واحدة اربعا فيكون هذه العبارة
مدافعة لما سبق وما سيأتي في كلامه الثانية ان اشتراط النسيان يقتضي ان يكون الجاهل كالعامد في وجوب
الاعادة وان رمى اربعا وهو خلاف ما دلت عليه الرواية واذا تذكر ذلك قبل اكمال الاربع في الثالثة فرجع
واكملها فالظاهر وجوب اعادة رمي الثالثة لفوات الموالاة والا اعاد على ما بعده بعد الاكمال اي وان لم
يرمهما اربعا او رمى اربعا وعدل الى ما بعدها عمدا ناسيا اعاد على ما بعد الناقص عنها ولا يخفى تكلف
العبارة وفي بعض النسخ اعاد على ما بعدها اي على ما بعد الناقصة وهي اصوب ومعنى قوله بعد الاكمال
الاعادة بعد اكمال الناقصة عن الاربع ويندرج في هذه العبارة صور رمي الاولى والثانية ثلاثا ثلاثا ثم الثالثة

رمي

٢٧٤

رمى الاولى ثلاثا والثانية اربعا ثم الثالثة عكسه بان رمى الاولى اربعا والثانية ثلاثا ثم الثالثة ولا شك انه

الاكتفاء برمى ذات الثلث وهي الاولى في الصورتين الاولتين والثانية في الثالثة واكمال رميها مخالف لصريح

الرواية فالحق وجوب الاعادة عليها ايضا من راس ويجوز النفر الاول الى اخره انما اعاد هذه المسئلة لبيان وجوب

كونه بعد الزوال بخلاف الثاني ويستحب امام ذلك ست ركعات بمسجد الخيف اي امام العود ويستحب

فعل هذه الركعات الست من مسجد الخيف في اصل الصومعة للرواية عن الصادق عليه السلم وعبارة المص

في هذا الموضع في غاية الرداءة عند المنارة في وسطه وفوقها الى جهة القبلة بنحو من ثلاثين ذراعا وعن

يمينها وعن شمالها كذلك فانه مسجد رسول الله صلى الله عليه واله هو المقصر لفعل الركعات الست ولا محصل

لهذا اصلا والذي في الرواية وذكره في المنتهى والتذكرة وذكره غيره هو انه يستحب لمن كان بمنى ان يجعل صلاته

بمسجد النبي صلى الله عليه واله من مسجد الخيف مدة اقامته فانه صلى فيه الف نبي فاذا اراد الخروج على ست ركعات

في اصل الصومعة واين هذه العبارة وهذا الحكم التحصيب المراد به النزول بمسجد الحصباء بالابطح تاسيا

بالنبي صلى الله عليه واله ويقال انه ليس للمسجد اثر في هذه الازمنة كلها فيتادى هذه السنة بالنزول بالابطح

في الثانية بقدرها ان يقال بها وهي ثلث او اربع وغسله والدعاء عند الحطيم قيل سمي بذلك لان

الذنوب تحطم عنده قيل وفيه تاب الله على ادم وقيل لان الناس يحطمون عنده والمستجار وهو مقابل

باب الكعبة عند الركن اليماني خارجا من باب الحناطين هو باب بني جمح وهي قبيلة من قبائل قريش سمي بذلك

قيل لبيع الحنطة عنده وقيل لبيع الحنوط ولم اجد من يعرف موضع هذا الباب فان المسجد قد زيد فيه

فينبغي ان يتحرى الخارج موازاة الركن الشامي ثم يخرج والسجود اي عند ارادة الخروج ويستحب الاطالة ثم يخرج

والصدقة بتمر يشتريه بدرهم هي يستحب ذلك ولعله لتدارك ما لزمه في احرامه وهو لا يعلم به فلو تبين استحقا ق

ذلك عليه وجب او استحبابا فقد قيل بالاجزاء وهو بعيد والعزم على العود وزيارة يزيد في العمر

ويجبر الامام الناس عليها لو تركوها لا يبعد في ذلك لان ترك المستحب اذا اذن بمحرم كان حقيقا بالمنع منه واريب

ان اطباق الحجيج على ترك زيارته جفاء له صلى الله عليه واله وجفاؤه صلى الله عليه واله محرم وقد جوز الاجبار

على الاذان اذا تركه اهل البلد بل يقاتلون عليه ولا يلتفت الى انكار ابن ادريس الاجبار هنا ويستحب

تقديمها على مكة خوفا من ترك العود المراد انه يستحب تقديم زيارة النبي صلى الله عليه واله على المضي الى مكة خوفا

من ترك الزيارة في حال العود بعروض مانع وان كانت العبارة لا تخلو من تكلف والنزول بالمعرس وهو

بتشديد الراء وفتحها اسم مفعول من التعريس وهو النزول اخر الليل للاستراحة اذا كان سائر البلاد والمرا د

به هنا النزول في مسجده صلى الله عليه واله الذي عرس به وهو على فرسخ من المدينة بقرب مسجد الشجرة بازائه

وكذا متعلقها للرواية واعلم ان ظاهر هذه العبارة ان موضع الجلوس المعبر عنه بمسجد رسول الله ص صح

الرجوع الى مكة

في المضي الى المدينة

مما يلي القبلة ذكره في الدروس ناسبا له صلى الله عليه وآله سواء كان النزول ليلا او نهارا   وصوم ايام الحاجة
هي ثلاثة اولها الاربعا   والفتح اي مسجد الفتح وهو الذي فتح الله على نبيه صلى الله عليه وآله بقتل عمرو بن
عبدود وهو يصلي الظهر فيه   ومسجد الفضيخ سمي بذلك لانهم كانوا يفضخون فيه التمر قبل الاسلام اي يشدخونه
وفي الدروس ان الشمس ردت فيه لامير المؤمنين عليه السلام بالمدينة   ومشربة ام ابراهيم هي بضم الراء
الغرفة وهي موضع ولادة ابراهيم عليه السلام ولده صلى الله عليه وآله   ورفع بناء فوق الكعبة على رأي الاصح ه
الكراهة   ومنع الحاج دور مكة على رأي هذا هو الاصح وقيل يحرم لان جميعها مسجد ويكره ان يجعل لها
ابواب لتنزل الحاج ساحة الدار   والنوم في المساجد خصوصا مسجد النبي صلى الله عليه وآله لما روي ان
النبي صلى الله عليه وآله قال لا ينام في مسجدي احد ولا يجنب فيه وفي المنتهى يكره النوم في المسجد ويتاكد في
مسجد رسول الله صلى الله عليه وآله والمسجد الحرام   وصيد ما بين الحرتين وهما حرة ليلى وحرة واقم والحرة ه
هي الارض التي فيها حجارة سود وقال الشيخ يحرم صيد ما بين الحرتين لقول الصادق عليه السلام في صحيحة عبد الله
ابن سنان يحرم من الصيد صيد المدينة بين الحرتين وهو مختار المنتهى وهو الاصح   وعضد شجر حرم
المدينة وحده من عاير الى وعير وهما جبلان بالمدينة وعير وجدته مضبوطا في مواضع معتمدة بضم الواو
وفتح العين المهملة وفي الدروس انها بفتح الواو والاصح تحريم ذلك وفاقا للشيخ والمص في المنتهى لقول الصا دق
عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله ان مكة حرم الله حرمها ابراهيم وان المدينة حرمي ما بين لابتيها
حرم لا يعضد شجرها وهو ما بين ظل عاير الى ظل وعير ليس صيدها كصيد مكة يؤكل هذا ولا يؤكل ذلك
وهو بريد واللابتان هما الحرتان والمراد بظل عاير وظل وعير ما اظل عليه كل من هذين الجبلين وقد
دل الحديث المتقدم على تحريم صيد ما بين الحرتين فيستثنى من هذا وقد حرم المدينة على ما في غير ذلك من
الاخبار بريد في بريد اثنا عشر ميلا في اثني عشر ميلا واعلم ان ابن ادريس اعترض عبارة الشيخ في
النهاية حيث قال واعلم ان للمدينة حرما مثل حرم مكة وحده ما بين لابتيها وهو من ظل عاير الى ظل وعير
لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها ولا باس ان يؤكل صيدها الا ما صيد بين الحرتين فدل على دخول الحرتين
في الظلين فكيف يكون الحرم ما بين اللابتين اعني الحرتين فانه يقتضي ان يكون الحرم من الحرة الى الحرة ورضي
المص هذا الاعتراض في كتبه ولعترض بان الاولى ان يقال وحده من ظل عاير الى ظل وعير لا يعضد شجرها
ولا باس ان يؤكل صيدها الا ما صيد بين الحرتين وهذا بعينه آت على المص وابن ادريس لتصريحهما بان حرم
المدينة لابتيها وهما الحرتان فلا يفيدهما ما عدلا اليه من العبارة بل الحديث السابق صريح في ذلك والذي يدور
في خلدي انه جعل حرم المدينة من الحرة الى الحرة وهو من ظل عاير الى ظل وعير لا يعضد شجر شيء منه ويحرم صيد

الحرتين

في الدروس ان مسجد الفتح هو مسجد الاحزاب بخط

الحرتين خاصة دون الباقي فالحرتان في طرفيه يحرم صيدهما دون باقيه فيكون معنى قوله في الحديث الا ما صيد بين الحرتين
الا ما صيد بين كل من الحرتين اي في خلال كل منهما فيندفع ما تخيلاه واعلم ان المص في المنتهى فرق بين حرم
مكة والمدينة بامور احدها انه لا كفارة فيما يفعل فيه من صيد او قطع شجر الثاني انه يباح من شجر المدينة ما تدعو
الحاجة اليه من الحشيش للعلف للنهي عما عدا علف البعير الثالث انه لا يجب دخولها باحرام بخلاف حرم مكة
الرابع من ادخل صيدا الى المدينة لم يجب عليه ارساله لما روي ان النبي صلى الله عليه وآله كان يقول لصبي فلت
طايره يا ابا عمير ما فعل النغير وهو طاير صغير ولم اجد تصريحا بان صيدها لو ذبح يكون ميتة
والمجاورة بمكة اي يكره وهذا هو المشهور وعللت بخوف الملالة وقلة الاحترام وهو منقوض بالمدينة وبالخوف ف
من ملابسة الذنوب فان الذنب بها اعظم والظاهر ان المواضع الشريفة كلها كذلك وان تفاوتت وبطلب دوام
الشوق اليها ولهذا ينبغي الخروج منها عند قضاء المناسك وروي ان المقام بها يقسي القلب واستحبها في الدروس
للواثق من نفسه والظاهر الكراهة وورود المجاورة في بعض الاخبار لا ينافي الكراهة ولعل العلة خروج
النبي صلى الله عليه وآله منها كرها وعدم عوده اليها الا للنسك واسراعه الخروج منها واكثر الاحكام ثابتة بالتاسي
وتستحب بالمدينة للآثار والاخبار الواردة بذلك   من التجأ الى الحرم وعليه حد او تعزير او قصاص
ضيق عليه في المطعم والمشرب بل يطعم ويسقى ما يسد الرمق ولعله الظاهر قولهم ضيق والذي في صحيحة
معوية بن عمار عن الصادق عليه السلم لا يطعم ولا يسقى ولا يبايع ولا يؤوى حتى يخرج   والحادي عشر يوم القر
هو بفتح القاف وتشديد الراء من القرار   والثالث عشر النفر الثاني وهو يوم الصدر محركة   فلو
استطاع الحج الافراد دون عمرته فالاقرب وجوبه لان كلا منهما نسك مستقل وهو الاصح   ان شاء بعد
ايام التشريق او في استقبال المحرم اي في اوله قيل التخيير بين الامرين ينافي قلنا الفورية انما
نستفيدها من الشرع وقد ثبت التخيير بين الامرين فيكون الفور بالنسبة الى ما عداه ولا حاجة الى ما تكلفه
شيخنا في بعض حواشيه مما ليس فيه كبير امر   ولو كانت عمرة الاسلام او النذر ففي النقل اشكال الاصح
لا يجوز لتعينها فلا يخرج من العهدة الا بها   والسعي والتقصير او الحلق على ما سياتي وكانه اقتصر عليه اعتمادا
على ما سنذكره   والافساد كما لو افسد الحج فانه يجب حج آخر   والفوات اي فوات الحج لوجوب التحلل
بعمرة مفردة   وليس في المتمتع بها طواف النساء اي لا يشرع   ويجب في المفردة على كل معتمر وان كان
صبيا او خصيا يدخل في الصبي المميز وغيره اذا احرم به الولي ثم بلغ وينبغي ان يكون المجنون اذا احرم عنه
وليه ثم افاق وعلى الوطي منهما من الافساد قبله   فيحرم عليه التلذذ بتركه والعقد على اشكال يمكن عود
الضمير في عليه الى الخصي وحله فيكون الاشكال في تحريم ذلك عليه وليس بحسن اذ قد سبق منه عدم تحريم

العقد على عمرة ممن يقطع بتحريم النساء عليه فيلزم عدم تحريمه عليه بطريق اولى ويمكن عوده الى كل بعمرة يكون
الاشكال في العقد فيكون رجوعاً عن الجزم السابق الى الاشكال والاصح التحريم مطلقا ولو اعتمر متمتعا لم
يجز له الخروج من مكة قبل الحج اي خروج المفارقة او الى حيث يحتاج الى تجديد عمرة كما سبق وجملة ان التحلل
شهر بين عوده واحلاله او احرامه على ما سبق ولو اعتمر مفرداً في اشهر الحج استحب له الاقامة ليحج ويجعلها
متعة المراد باستحباب الاقامة ما اذا كان في خلالها لا بعد التحلل منها لامتناع نية العدول بعد الفراغ
من النسك وان كان بعد شهر وجب الاحرام للدخول ولا يجزيه ان يتمتع بالاولى بالاولى بل بالاخيرة
المراد احرامه للدخول بالعمرة لامتناع احرامه بالحج متمتعا وافرادا الا ان ميقات التمتع مكة والافراد ممتنع
من من لزمه التمتع والدخول بغير احرام غير جايز ويجب ان يكون احرامه بعمرة التمتع لوجوب التمتع
وعدم صلاحية العمرة السابقة حيث احتاج الى فعل عمرة اخرى بين العمرة المتمتع بها والحج وهي داخلة
في الحج ولو حلق في المتمتع به لزمه دم ولا يجزيه للنهي وقيل بالتوالي هذا القول هو الاصح اذ لا قاطع
على خلافه والافضل ان يكون بين العمرتين شهر واقله عشرة ايام ولو نذر عمرة التمتع وجب حجه هذا لخلاف لف
لما سبق من كلامه انه لو اعتمر متمتعا تبرعا بل يجب عليه الحج ام لا اذ لو لم يكن العمرة مستلزمة لم يلزم من وجوبها
وجوبه ولو افسد حج الافراد وجب المائي والقضاء دون العمرة لا يخفى ان افساد حج الافراد يقتضي معه
الاتمام القضاء ولا يوجب عمرة لافساده بل ان كانت العمرة واجبة عليه فيجوز بها بحاله فيجب عليه القضاء للافساد
ووجوب العمرة المفردة كما كان بخلاف عمرة التمتع فان افساد حجه يقتضي ايجابه مع العمرة ايضا لانها داخلة في
الحج والمراد من قوله ولو كان حج الاسلام كفاه عمرة واحدة ما ذكرناه اي لو كان الافساد بحج الاسلام فعمرة واحدة
تجزي وذلك لان حج الاسلام واجب وعمرته فاذا افسد الحج وجب قضاؤه فوجوب العمرة كما كان وليس لوجوب
قضاء الحج تعلق بوجوب العمرة لانها للافراد ولا يخفى ان في قوله كفاه عمرة واحدة توسعا لان العمرة لا تعلق لها
بالافساد ليكفي الواحدة بل الواجب من اول الامر هو الواحدة المصدود هو الممنوع بالعدو والمعروف عندنا
ان المحصور والمصدود كل منهما غير الآخر والخبر الصحيح ناطق بذلك وبينهما فرق في الاحكام ايضا ثم صد
عن الدخول الى مكة ان كان معتمرا او الموقفين ان كان حاجا لو صد عن دخول المسجد بعد دخول مكة
في العمرة فهو مصدود فالتقييد عن دخول مكة ليس على ما ينبغي والصد عن الموقفين يتحقق به الصد المقتضي
للتحلل وان كان غير منحصر فيه فان الصد عن احدهما مع فوات الآخر يثبت به الحكم ايضا والتقصير اي
تحلل بالذبح والتقصير ايضا فلا يحلل بدونه على اصح القولين لاصالة البقاء على احرامه حتى يحصل ما علم كونه
محللا ولم يثبت كون الذبح وحده محللا وليس في الاخبار الاكتفاء به وحده بل وجوب ذبحه لانه محلل الاحرام

محرم

مركب من امور متعددة فكلما دل الدليل على سقوط اعتباره سقط اعتباره وبقي ما عداه على اصله وقيل يكفي الذبح وليس
له وجه ظاهر لان ما ورد من الاخبار دلت على الذبح ولم تدل على التقصير ولا دلالة في هذا لان عدم دلالتها على وجوبه لا يقتضي
نفيه فيبقى وجوبه ثابتا كما كان بالدليل الدال على ان احرام الحج يحلله مجموع الامور المذكورة سقط بعضها بالاجماع
وهو ما عدا الذبح والتقصير فيبقى الباقي على وجوبه   موضع الصد اي في اي موضع كان من غير تعيين
موضع بخصوصه بخلاف تحلل المحصر من النساء وغيرها اي فلا يتوقف حل النساء على طوافهن للرواية بخلاف
المحصر   ولا يجب بعث الهدي اي حيث يتمكن من بعثه وذلك حيث لا يكون الصد عاما لان هذا الحكم في
المحصور والاصل البراءة في المصدود ولان النبي صلى الله عليه وآله تحلل ومن كان معه ولم يبعثوا الهدي واشتراط
النبي صلى الله عليه وآله في تحلل من كان معه تعذر ارساله ولعدم توقف التحلل على بعثه حيث لا يمكن قطعا
فلا يجب في الباقي لاصالة البراءة ولا كذلك المحصر   وهل يكفي السياق عن هدي التحلل الاقوى ذلك مع ندبه
اي الاقوى انه يكفي مطلقا لان النبي صلى الله عليه وآله نحر ما ساقه مع ان هدي التحلل مندوب مع ذلك فيستحب
له ان يجمع بين البدنتين ويكون ذبح هدي التحلل على قصد الوجوب وهدي السياق على ما سبق بيانه فيكون الضمير
في ندبه عائدا الى هدي التحلل وهو المنقول عن المص الموافق لنقله لفتواه في غير هذا الكتاب ويمكن عوده الى هذا
هدي السياق الاصح ندب هذا السياق يكفي عن هدي التحلل الاصح وجوبه وهو الاصح لان تعدد الاسباب يقتضي
تعدد المسببات والمراد بوجوبه وجوب نحره وان كان في اصله تبرعا وذلك باشعاره او تقليده على الوجه المعتبر
او بقوله هذا هدي كما سبق فلو ساقه بنية انه هدي ولم يعين شيئا آخر فهو غير متعين النحر فيجزي ح   ولا
بدل له على اشكال الاصح انه لا بدل له لان البدلية تشريع ولم يثبت هنا وثبوتها في هدي التمتع بنص القرآن
لا يقتضي التعدية الى هنا ولو قلنا بالبدلية نوى صام عشرة ايام من غير تقييد بتتابع ولا علم لا في الحج ولا في غيره
ونقل شيخنا الشهيد ان في رواية ثمانية عشر يوما   فيبقى على احرامه مع عجزه عنه وعن ثمنه لو قال مع عجزه
عنه او عن ثمنه لكان اولى   ولو تحلل لم يحل اي لو نوى التحلل مجردا عن الذبح لم يحل ولو فعل شيئا من
محرمات الاحرام وجبت الكفارة   ولا يراعي مكانا ولا زمانا في احلاله بخلاف المحصر   لان التحلل انما يجوز
بالصد او بعلم الفوات على اشكال لا بخوف الفوت الاشكال يحله يحتمل ان يكون مما دلت عليه انما من الحصر
في الامرين اعني الصد وعلم الفوات بالاضافة الى خوف الفوات فيكون محل الاشكال هو جواز التحلل لخوف
الفوات فان تحقق الجواز لم يكن الحصر في الامرين ثابتا وان لم يتحقق كان صحيحا لكن جزمه اولى بقوله وان
خاف الفوات واخر بقوله لا لخوف الفوات ينافي هذا الاشكال ويحتمل ان يكون في جواز التحلل بعلم الفوات فان
تحقق الجواز كان الحصر في الصد وما لا يثبت فيهما فقطعه وهذا هو المناسب لسياق العبارة وحكى شيخنا الشهيد

ان المنقول عن المص في منشأ الاشكال تعذر العلم هنا ويحتمل انه كان حصوله بقراين الاحوال فليس بشيء
علي تقدير حصول العلم بالفوات قطعا لا يثبت جواز التحلل بالهدي لان فوات الحج بعد الاحرام لوجوبه
العدول الي العمرة المفردة ولحاقه بالصد قياس بغير جامع والحق ان يجوز التحلل هنا بالهدي لا وجوده
لم يقضي الفائت بل وجوبا مع وجوبه ولانه باسبق تحقق ذلك ولا يتحقق الصد بالمنع من رمي الجمار
ومبيت مني هذا حق اذا كان الرمي هو الواجب في ايام التشريق لان هذا وان كان نسكا واجبا في الحج لان
الحج يتم بدونه اما الرمي الواجب يوم النحر فانه جزء من المحلل فلا يستقيم اطلاق العبارة بحيث تشمله لان ذلك
جزء المحلل الاول ولا يتصور الاتيان بالطوافين والسعي من دونه فمتي تحقق الصد عن مناسك مني متحقق
بحيث لا يمكن الاستنابة ايض امتنع الطواف والسعي من دونه فمتي تحقق الصد من مناسك مني متحقق
الصد عنهما فيكون مصدودا عما بعد الموقفين وسياتي في كلام المص في ذلك وسنبين ان الاصح ان هذا الصد ود
ومما يوكد شمول اطلاق العبارة لرمي يوم النحر قوله وستنيب في الرمي والذبح ويجوز التحلل منه
غير هدي مع الاشتراط علي راي الفرق بين هذا وبين المحصر حيث لم يجز التحلل في المحصر الا بالهدي وجوزه
هنا لانه صرح القران علي التوقف علي الهدي هناك بخلافه هنا والاصح عدم الجواز الا بالهدي لثبوت كونه هو
المحلل في الجملة والشرط لا يخرج الحكم الثابت عن مقتضاه حتي لو شرط كان باطلا كما شرط التحلل بغير نية فانه
الشرط المخالف للكتاب او السنة باطل وفايدته غير منحصر في ذلك ولو كان غير مستحق او عجز عن المستحق تحلل
ينبغي لو كان غير مستحق ولقدر علي بذله ان لا يتحلل اذا لم يضر به ولم يكن مجحفا لعدم صدق عدم الاستطاعة
ح لو صد عن مكة بعد الموقفين ظاهر العبارة ان الصد بعد افعال يوم النحر بمني بدليل قوله فان
لحق الطواف والسعي في ذي الحجة وقوله بعد ذلك ولو لم يدرك سوي الموقفين فاشكال وعبارته في المنتهي
والتذكرة مطلقة يتناوله بظاهر اطلاقها وتعليلها هذا القسم وقد خير فيهما بين التحلل والبقاء علي الاحرام
وان كان في قوله فيهما فان لحق ايام مني الحج بان يشعر بان المراد بذلك من لم يات بمناسك يوم النحر وكيف كان فهو
نوع مخالف لما هنا والذي في الدروس ان من اتي بمناسك يوم النحر يبقي علي احرامه حتي ياتي بباقي الافعال
وهو المتجه لان المحلل من الاحرام اما الهدي للمصدود والمحصور او الاتيان بالافعال يوم النحر والطوافين
والسعي فاذا شرع في الثاني واتي بمناسك يوم النحر تعين عليه الاكمال لعدم الدليل الدال علي جواز التحلل
ح بالهدي ح ومن ثم لا يتحلل من النساء بالهدي من صد عن طواف النساء فيبقي علي احرامه الي ان ياتي
بباقي المناسك ولو لم يدرك سوي الموقفين فاشكال ينشأ من حصول الحج بحصول الموقفين ومن
ان الاحرام باق بحاله والوقوف بالموقفين لا يحصل به تحلل والاصح انه مصدود ولو صد عن الموقفين

عجاي

عنه اى عن كل منهما او عن احدهما مع فوات الآخر سواء كانت الفائت عرفة ام المشعر وان كان مقتضى قوله
فان لم يتحلل واقام على احرامه ان المراد كون المصدود عنه المشعر والفائت عرفة ويفهم من العبارة ان الصد
عن احد الموقفين خاصة من دون فوات الآخر لا يتحقق به الصد المجوز للتحلل وفي المنتهى والتذكرة نقل كونه صدا
عن الشيخ ولم يقبله ولم يرده ولا دم عليه لفوات الحج وقيل عليه دم نقله الشيخ عن بعض اصحابنا وهو ضعيف
لو ظن انكشاف العدو قبل الفوات جاز التحلل لوجود المقتضي ولو علم ذلك قطعا فلم يجز فيه وجهان وعدم
الجواز اولى ولو تحلل فانكشف العدو والوقت متسع وجب الاتيان بحج الاسلام مع بقاء الشرائط هذا اذا لم
يكن الوجوب مستقرا قبل ذلك ولا يشترط الاستطاعة من بلده ح لانه لما قطع المسافة الى موضع الصد كان
مخاطبا بالوجوب بخلاف الصبي اذا بلغ والمجنون اذا افاق لو افسد فصد فتحلل وجب بدنة الافساد ودم
التحلل والحج من قابل فان قلنا الاولى حجة الاسلام لم يكف الواحد لان حج الاسلام اذا تحلل منه وجب الاتيان به بعد
ذلك لكن هذا اذا كان وجوبه مستقرا فلو لم يكن وجوبه مستقرا ولم يفرط فالظاهر ان الواجب مستقرا فلا قضاء
اصلا والا فاشكال اى وان لم نقل ان الاولى حجة الاسلام بل العقوبة ففي الاكتفاء بالواحدة اشكال ينشأ من ان
العقوبة بل يجب قضاء بالتحلل منه ام لا ولعل الاقوى تفريعا على ان الاولى عقوبة عدم وجوب القضاء والاصح
ان الاولى حجة الاسلام فان انكشف العدو والوقت باق وجب القضاء وهو حج يقضي لسنته على اشكاله
ينشأ من ان الاولى حجة الاسلام ام العقوبة فان قلنا بالاول فهو حج يقضي لسنته وان قلنا بالثاني فلا كذا
قرره الشارح ولد المص فيكون معنى القضاء هنا هو الاتيان بمثل ما خرج منه ويكون الضمير راجعا الى ما دل عليه الكلام
وهو الحج الذي افسده وتحلل منه بالصد ويفهم من عبارة الشرائع ان المراد بكونه يقضي لسنته عدم وجوب
حج آخر غيره وهو انما يتم على القول بان الاول عقوبة وان العقوبة اذا تحلل منها بنحو الصد لا يقضى فانه ح يجب
ان ياتي بحج الاسلام اتفاقا ولا قضاء عليه ويكون منشأ هذا الاشكال اختلاف هو منشأ ما قبله اعني ان
العقوبة اذا تحلل منها بالصد هل يقضى ام لا وعلى الاول يكون منشأ الاشكال اختلاف القولين في ان الاولى
حجة الاسلام ام العقوبة وهذا اليق بالمقام من وجهين آ ان المص يرى ان الاولى عقوبة وقد سلف في افساد
مكة ان كان معتمرا او الموقف ان كان حاجا لو صد النائب في اول كتاب الحج ما يقتضي ذلك فكيف يبني
الاشكال على ما لا يقول به ولا بد تضمنه اعني الخلاف في كونها حجة الاسلام ام العقوبة ب انه على تقدير ان يكون
المراد بكون الحج مقضيا لسنته الاتيان بمثل ما خرج منه لا وجه لتصوير المسألة فيمن افسد فصد بل كل
من صد اذا تحلل فانكشف العدو وفي الوقت سعة يجب عليه الحج ويأتي بمثل ما خرج منه والظاهر ان المص
والجماعة انما فرضوا المسألة ههنا لان لها بهذا البحث ارتباطا بل كان التقييد في تصوير المسألة بالافساد مسألة كا

ومحللا بالهدي لانه يوهم ان للقيد دخلا في تصوير المسألة بالافساد مستدركا وينبه على هذا قول شيخنا
الشهيد في بعض حواشيه وليس مع ذلك حج يقضي لسنته الا هذا وقد صرح بالمراد في الدروس حيث
قال ولو زال الاحصار بعد التحلل قضى الحج مع سعة الزمان لسنته بناء على ان الاولى عقوبة وانها
تسقط بالتحلل وهما ممنوعان وعلى هذا فيكون مرجع الضمير مدلولا عليه بالسياق تقديره والحج الواجب
عليه بذلك اي بالاضافة والافساد حج يقضي لسنته ويكون المراد بالقضاء معناه اللغوي وهو مطلق
الفعل لان القضاء بالمعنى الشرعي وهو فعل العبادة خارج وقتها المعين لها غير مستقيم على واحد
من التقديرين فان قلنا الاولى حجة الاسلام وان لم نقل بان الاولى حجة الاسلام بل عقوبة ومنشاء الاشكال
من العقوبة اذ التحلل منها بل يجب قضاؤها ام لا كل منهما محتمل وان كان عدم وجوب القضاء لا يخ من قوة
تمسكا باصالة البراءة وهو حج يقضي لسنته على اشكال لمكن ان يكون منشاء الاشكال الاختلاف في ان
الاولى حجة الاسلام ام العقوبة فان قلنا بالاول كانت حجة الاسلام يرجع الى التحلل منها بعد الافساد هو
يقضيه لسنتها وليس معه حج فاسد يقضي لسنته الا هذا ذكر نحوا من ذلك الشارح ولذا المص والاوجه
ان يقال ان منشاء الاشكال التردد في الحكم مع احد الطرفين عنه مردود وهو الذي يظهر من كلام صاحب
الشرايع ويكون المراد بالقضاء التدارك المسقط لجميع ما في الذمة ومرجع الضمير ما دل عليه الكلام ولو
لم يتحلل مضى في الفاسد وقضاه في القابل واجبا لان الافساد يقتضي الحج من قابل وان كان الفاسد يكن
ندبا يمكن جعله وصلها لما قبله اي قضاه في القابل واجبا وان كان الثاني ندبا لما عرفت من وجوب
قضاء الواجب والمندوب اذا افسده وهو اولى من ان يجعل اول الكلام بناء على ان الاولى عقوبة وان ن
العقوبة لا يقضي بالتحلل لان الاحكام التي يأتي لا يختلف بكون الحج واجبا ولا مندوبا وما سبق من الكلام
لا يأباه لانه مطلق وان كان قوله فان قلنا الاولى حجة الاسلام انما يستقيم مع الوجوب لان الوجوب في هذا
الفرد لا يقتضي وجوب ما عداه فان فاته تحلل بعمرة اي فان فات الحج بعد انكشاف العدو ولم يكن تحلل
سواء كان واجبا او مندوبا فانه يتحلل بعمرة وجوبا ويقضي واجبا في القابل ولا شيء عليه سوى ذلك وهذا
ظاهر اذا كانت الاولى مندوبة او واجبة غير مستقرة وجوبها او مستقرا وقلنا ان الاولى عقوبة وان العقوبة
لا يقضي بالفوات ولم يصح المص باختيار ذلك فان الاشكال السابق يلتفت احد طرفيه الى هذا الاليق
بعبارة المص ان يجعل قوله ان كان الفاسد ندبا اول الكلام ليسلم كلامه من الاختلاف على ما يختاره من
الاولى فرضه لو كان الحج واجبا لا بد له من حجتين على ما سبق ولو كان العدو باقيا فله التحلل آه هذه
من توابع المسألة التي قبلها وعلى ما قلناه فهي مفروضة في المندوب الخ ولو صد فافسد جاز التحلل

الخ الفرق بين هذه المسألة وما قبلها ان الافساد في الاولى مفروض قبل الصد وهنا بعده ولا فرق في الحكم والظاهر
ان هذه شاملة للواجب والمندوب ويكون قوله والقضاء لا ابدانه الاكتفاء به حيث يكون واجبا وانما اقتصر
عليه لما سبق من وجوب حجتين بناء على ان الاولى حجة الاسلام ومن الاشكال بناء على انها عقوبة فسكت عن
الحكم هنا اعتمادا على ما سبق ويناسبه هذا ان يكون قوله وان كان الفاسد ندبا وصلنا وليس ببعيد ان يكون
الاكتفاء بالحج الواحد رجوعا عن الاشكال الى الجزم   ولو طلب ما لا يجب بذله ولو تمكن منه على اشكال الاصح
الوجوب اذا لم يجحف لصدق الاستطاعة   لو صد المعتمر عن مكة الخ قد سبق انه لو صد قبل الشروع في افعا ل
العمرة بقي بقاؤه على احرامه حتى ياتي بالباقي   وهو الممنوع بالمرض عن الوصول الى مكة او الموقفين يراد
بالصد عن مكة للمعتمر وعن الموقفين للحاج كما سبق في الصد فلا حاجة الى اعادته لكن لو صد عن منى ومكة
ولم يتمكن من الاستنابة في الرمي والذبح بقي على احرامه   فاذا تلبس بالاحرام واحصر بعث ما ساقه بين
الاصحاب الاكتفاء بالهدي الذي ساقه وقال ابن بابويه وابن ادريس يجب هدي آخر واختاره المصنف في المخ
والتفصيل السابق يكون هدي السياق واجبا فيجب آخر غيره لتعدد السبب ومندوبه فيجزي قوي ومن
الواجب الهدي الذي اشعره او قلده   فاذا بلغ قصر واحل من كل شيء الا النساء اكثر العبارات فيها قصر
والظاهر انه لا يتعين الا في عمرة التمتع بل يتخير فيما عداها بين الحلق والتقصير وكذا اكثر العبارات فيها الا حلاله
من كل شيء الا النساء وفي الدروس لو كانت عمرة التمتع احل من النساء ايض اذ ليس فيها طواف النساء وهو
قوي متين لكن الاخبار مطلقة بعدم حل النساء الا بطوافهن من غير تفصيل ويمكن ان يحتج لذلك بان
عمرة التمتع دخل في الحج فالشروع فيها شروع فيه فيتوقف انقطاع الارتباط به على طواف النساء وفيه نظر لان
الارتباط لا يقتضي منع احرامه الذي هو غير من النساء بعد التقصير الى ان يطوف لهن   ثم ان
كان الحج واجبا وجب قضاؤه في القابل والا استحب لكن يحرم عليه النساء الى ان يطوف الحج قد يقال الموقع
للاستدراك هنا لكن لانها لدفع ما يتوهم بالكلام الذي قبلها وعلم التحريم غير متوهم اما من قوله واحل من كل شيء
الا النساء فظاهر واما من قوله ثم ان كان الحج واجبا وجب قضاؤه في القابل والا استحب فلانه لا تعلق
له بهذا المعنى لا نفيا ولا اثباتا مع صراحة ما قبله في التحريم ويمكن ان يتكلف له ان قوله واحل من كل شيء الا
النساء يقتضي اطلاق التحريم فيوهم بقاءه دائما فاستدرك بلكن لبيان نهايته ومدته وغير ما فيه   الى ان يطوف
في القابل مع وجوب الحج او يطاف عنه مع ندبه او عجزه اما استمراره الى حين طوافه في الواجب فلانه
الاستنابة انما يجري اذا لم يتفق حضوره ومع وجوب الحج حضوره متعين بخلاف ما اذا كان مندوبا
فان له الاستنابة اختيارا وظاهر كلامه في المنتهى الاختلاف في ذلك بين الاصحاب ولو عجز مع وجوب

الحج استنابه الصادق في الدروس حكاه قولا فقال قبل او مع عجزه في الواجب وهو يقتضي التردد فيه والاستنابة تر
جح اقوى لان طواف النساء يجزي الاستنابة فيه عند الضرورة والحكم ببقائه مع العجز على التحريم ضرر عظيم والتفصيل
في العمرة المفردة بكونها واجبة ومندوبة كالحج   لو صد عن مكة بعد مناسك منى فقد سبق انه يعود
في القابل للطوافين والسعي فلو عجز عن ذلك فهل له الاستنابة لا اعلم فيه لاحد من الاصحاب قولا ولا يبعد
بعيد ان حصل اليأس من برئه والا فوجهان   ولا يبطل تحلله لو بان عدم ذبح هديه وعليه الذبح
في القابل قال الشيخ ويجب عليه ان يبعث من قابل وان يمسك مما يمسك عنه المحرم الى ان يذبح عنه لان
في صحيحة معوية بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام انه يبعث من قابل ويمسك ايضا ورده ابن ادريس لشذ
روذه ولم يصرح المصنف بقبوله ولا برده والعمل بما قاله الشيخ ودلت عليه الرواية احوط وان كان القول ببطلان
الاحلال الذي وقع صحيحا وتحريم محرمات الاحرام بغير احرام نفعل تعبدا وكذا متى يحرم ذلك ليس في
كلامهم تصريح بتعيينه وفيه لكن يظهر من العبارة انه من حين البعث وللنظر فيه مجال   والتحلل بعمرة
وان كان قد ذبح الحكم ظاهر اذا لم يكونوا ذبحوا فاما مع الذبح فيحتمل عدم الاحتياج الى العمرة لتحقق ذبح
الهدي المقتضي للتحلل والاصح الاحتياج اليها لان الذبح انما يحلل مع عدم التمكن من العمرة اما معها فلا لعدم
الدليل ولان فوات الحج موجب العمرة كما هو معلوم ومتى تحقق ذبح الهدي فقد فات الحج لان الذبح انما يكون
يوم النحر ومع فلا يبقى لادراك الحج وقت   ولو علم الفوات الى قوله ففي وجوب لقاء البيت بالعمرة اشكال
الاصح وجوبه لان التحلل بالهدي انما يجزي مع عدم التمكن من اللحاق اذ لا دليل على اجزائه معه ومع
الفوات لابد من التحلل بالعمرة وفصل شيخنا الشهيد في حواشيه بانه مع ذبح الهدي لا يحتاج الى العمرة
وبدونه يحتاج والظاهر الاحتياج اليها مطلقا وقد سبق في العبارة خلاف هذا التفصيل   وقيل في
الشهر الداخل سبق الجواز من غير تحلل زمان والخلاف هنا مبني على ما سبق ولا يقال انه لم يعتمر هنا لانه
تحلل من العمرة لانا نقول انه قد سبق تحقق الاحرام بها حقيقة فيشترط لصحة احرام العمرة الاخرى
ما يشترط للعمرة   ولو تحلل القارن اي في القابل بالواجب وقيل بالقران الاصح انه يأتي بالواجب فان تعين
فذلك المعين قرانا او غيره وان كان مطلقا تخير ويحمل الرواية على ان الذي خرج منه كان واجبا بهذه
وشبهه   والافضل الاتيان بمثل ما وجب خرج منه خروجا من الخلاف   وهل يسقط الهدي مع
الاشتراط في المحصور والمصدود قولان وقال الفاضل الشيخ فخر الدين متى احتج له الحصر والصد يحج
عن التكرار والاصح عدم السقوط   لو لم يجد الهدي فالاصح انه لا بدل له وفي قول ضعيف ان له بدلا
وروي ان من بعث هديا من افق من الآفاق تطوعا يواعد اصحابه الحج ينبغي ان يذكر فيه مواعدة

الاصحاب

الاصحاب لاشعاره او تقليده يوما معلوما ليكون ذلك جاريا مجرى احرامه كما دلت الرواية على التوقيت
بذلك ثم يحبس ما يحرم على المحرم الا انه لا يلبي و لو اعدم تجرده و اذا حضر الوعد تحلل ففي العبارة قصور هاهنا
والعمل على الرواية الدالة على ذلك وخلاف ابن ادريس ضعيف ولا كفارة في قتل السباع ماشية وطائرة
اي نوعيها ما يمشي منها وما يطير ويلوح من هذه العبارة وما قبلها ان قتل السباع كلها محرم وحكاه في الدروس
قولا عن الحلبي ويشهد له رواية معوية بن عمار لكن قول المص والجماعة لو ادخل شيئا من السباع الى الحرم اسيرا
جاز اخراجه يؤذن بانها لا تعد صيدا وروي في الاسد اذا لم يرده كبش اي اذا كان لا يريد القاتل فاذا
اراده فلا شيء قطعا لانه يدفع عن نفسه والرواية ضعيفة وحملها على الاستحباب هو الوجه والزنبور
جعله في المستثنيات من التحريم وافتى في التذكرة والمنتهى والتحرير بالتحريم وكذا الشيخ في التهذيب نقله عنه
في الدروس والدليل في صحيحة معوية بن عمار عن الصادق عليه السلم المحرم يلقي عنه الدواب كلها الا القملة
فانها من جسده فان اراد ان يحول قملة من مكان الى مكان فلا يضره ولم يفت في الدروس بشيء لما في قتله من
الترفه المباعد لحال الاحرام ورمي الحداة للحدأة كعنبة طائر معروف واحد جمع كعنب قال في صحاح
الحيوان ومن الوانه السود والرمد والذي في رواية معوية بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلم والمحرم يرمي الغراب والحدأة
رميا عن ظهر بعيره وفي اخرى ويقذف الغراب وظاهر هاتين الروايتين يشعر بعدم جواز قتلهما الا ان يقضي
الرمي اليه ويقتضي ان رمي الحداة انما هو عن ظهر البعير لان في اول الاولى انه يقتل الدواب كلها الا الافعى
فاما الغراب فمقتضى الثانية جواز رميه مطلقا وينبغي التقييد بالغراب المحرم الذي هو من الفواسق الخمس
اما المحلل فانه محترم لا يعد من الفواسق ولم اجد التقييد به وقد قيد شيخنا الشهيد في حواشيه رمي الحداة
بكونه عن بعيره كما في الرواية ومعنى قوله مطلقا ان ذلك ثابت للمحل والمحرم وشراء القماري والدباسي
واخراجهما من مكة للمحل وفي المحرم اشكال لو كانت صيدا محرما لحرمته على المحل ايضا فلم يجز له اخراجها
من مكة والحل قوي ويحرم قتلها واكلها يحتمل ان يكون المراد تحريم قتلها واكلها بمكة قبل الاخراج فلا يحرم
بعده ويحتمل تحريم ذلك مطلقا وان الذي يجوز انما هو الاخراج لكن هذا بعيد لان جواز اخراجها يلحقها
بغيرها من الحيوانات التي لا حرمة لها بعد الاخراج ويكفي في قتل الزنبور تكفير طعام وشبهه بشبهه
الطعام نحو التمر والزبيب وكانه اراد بالطعام ما يقع عليه هذا الاسم بحسب الغالب فان جميع ما يطعم
طعام وعبارة الدروس تنبيه على ما قلناه في قتل النعامة بدنة او جزور روي في بعض الاخبار
والبدنة ما لها ستة سنين ودخلت في الثامنة والاقرب الصوم عن الستين وان نقص البدل فلو
يؤدي الى ذلك وجوب ثمانية عشر يوما عن كل عشرة مساكين ثلاثة ايام ولا دلالة لصحيحة يجوز ان يكون

المراد البدل عما هو نيابة ما يجب من الاطعام وليس في الروايات صيام ستين بل صيام يوم عن نصف
صاع لكن الاحوط وجوب الستين فان عجز صام ثمانية عشر يوما في حاشية الشهيد المراد به عجز غير محصور ولا
يظهر له معنى فان وجوب ثمانية عشر يوما لا شبهة فيه والاشكال في الزائد وفي وجوب الاكثر اشكال
لحق لا يجب لان مقتضى البدلية ولعله شمول قوله عليه السلام اذا امرتكم بامر فاتوا منه ما استطعتم له والاحتياط
طريق آخر ولو عجز بعد صيام شهر فالاقوى الاحتمالات تسعة ثم ما قدر ثم السقوط يشهد للاول قوله
عليه السلام في الرواية عن كل عشرة مساكين ثلاثة ايام ويشكل القول به بانه يحتمل ذلك ارادة البدلية استقلالا
وبيان التوزيع ولو كان المراد البدلية عنه استقلالا لوجب بدل ما عجز عنه من الاطعام مع اطعام المقدور
فلو قدر على اطعام ثلاثين مسكينا صام عن ثلاثين واعراض جميع الاصحاب عن ذلك يشعر بانهم لم
يفهموا من لفظ الرواية ارادة البدلية على الوجه المخصوص على ان تطرق الاحتمال كاف في عدم تعين البدلية
اما الثاني فلا يظهر له وجه فان الحديث لا يتناوله اعني قوله اذا امرتكم بامر فاتوا منه ما استطعتم اذ لو
تناوله لوجب مقدوره وان زاد على ثمانية عشر فهو ينافي كونها بدلا من الستين الذي دلت عليه الروا بات
واما الثالث فبناه الشارح على ان المكلف اذا علم انتفاء شرط التكليف قبل دخوله وقته لا يحسن منه التكليف
فان المكلف والحال ما ذكر لا يجوز تكليفه بالستين وانظر جريه ذلك ظاهر بل الماعليه ثمانية عشر يوما
فعله صامها في ضمن ثلاثين وهذا التوجيه لا يناسب عبارة المصنف لانه لا سقوط لشيء من الصوم ويشكل على انه
لو تم لما ذكره من القاعدة الاصولية امكن منع الاجزاء عن الثمانية عشر فمن اتى بالصوم على انه من جملة
الستين التي هي الواجب الثابت الا انها البدل الذي هو ثمانية عشر ومن اتى بعبادة ظانا وجوبها بسبب ثم
تبين وجوب بعضها خاصة بسبب آخر ففي اجزائه نظر وقد سبق في الصوم في نظر هذه وجوب
ثمانية عشر وهذا هو المتجه لما ذكر ولان العجز انما يتحقق ح وفي فرخ النعامة صغير من الابل على رأي
هو الاصح لظاهر قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم وعليه الاكثر ربما يوجد النقص بان اقله بنت مخاض ولا
شاهد له ومع العجز يساوي الكبير اي يجب فضه على البر واطعام ستين ان بلغ لح وفي الثعلب
والارنب شاة وقيل كالظبي المراد انهما كالظبي في الابدال على معنى انه اذا عجز عن الشاة قومها وفض ثمنها على
البر الخ وبعض الاصحاب اقتصر على الشاة والاصح الثاني لظاهر الآية والرواية وربما قيل بانه ينتقل الى الرواية
العامة وهي ان من وجب شاة فلم يجد يطعم عشرة مساكين فان عجز صام ثلاثة ايام وصحيحة محمد بن مسلم
يدل على الاول والعمل عليها والابدال على الترتيب على رأي هذا احوط والتخيير اقوى لظاهر الآية والرواية
الصحيحة الدالة على ان او في القرآن للتخيير حيث وقع في ابدالها بعدد البيض اي الاناث بعدد البيض

اما

اما الفحولة فيكفي منها ما جرت به العادة ان قيل اقتصر الحكم في الترتيب او التخيير على هذه الثلثة دون ما بعدها
قلنا ظاهر الآية لا يتناوله لان الصيد لا يتناول البيض فان قلت اذا تحرك الفرخ تناوله لانه صيد كسائر الفراخ خ
قلنا ان تحرك الفرخ في البيضة لا ينقله لانه فرخ بل بيضة فرخها متحرك ولو سلم فالحكم للاغلب ومن لم يكن خلاف
في ان باقي الاقسام على الترتيب ويكره من الابل في القاموس هي الفتية من الابل فان عجز اطعم عشرة
مساكين لكل مسكين مد ذكره في الدروس والمصنف في التذكرة وغيرها وهي في رواية علي بن ابي حمزة وفي
بابا البيض فاسدا او كان الفرخ ميتا او عاش سويا فلا شيء عليه صرح به والرواية تدل عليه في كسر
كل بيضة من بيض القطاة والقبج والدراج من صغار الغنم هذا هو الذي يقتضيه المناسبة وليس له تقدير
وقيل مخاض من الغنم الخ هذا هو الاصح وعليه نزلت صحيحة مسلم بن خالد وعليه الفتوى وهو مشهور
بين الاصحاب وعليه سؤال باني فان عجز فكبيض النعام قيل معناه يجب عن كل بيضة شاة هذا القول
تفسير ابن ادريس لعبارة الشيخ وهي قول المفيد وليس بشيء لان الانتقال في البدل من الادنى الى الاعلى بخط
غير معهود وهو مستبعد والمماثلة الواقعة في رواية سليمان بن خالد بينه وبين النعام لا يدل على كمال المساواة
بالحمل على اطعام عشرة مساكين فان عجز صام ثلاثة ايام ولم يذكر في اطعام العشرة المساكين مقدارا فالظاهر
انه لكل مسكين مد من طعام وهذه الخمسة يشترك في ان لها بدلا على الخصوص اي ورد في النصوص تعيين
بدله بعينه بخلاف غيرها الحمام كل مطوق والثاني ما يهدر الخ المعروف ان هذين تفريعان عند اهل اللغة
احدهما ما نقله الكسائي وهو كل مطوق والثاني ما يهدر ويعب الماء فيدخل في المطوق الحجل ويدخل في الثاني
القماري والدباسي والفواخت والوراشين والقطا ومعنى يهدر انه يواتر صوته ومعنى يعب الماء يكرع كرعا
لا ياخذه قطرة قطرة بمنقاره كالدجاج والعصافير ولا ريب ان الثاني اعرف بين اهل اللغة ويظهر من عبارة
المصنف ان هذه الامور الثلاثة التي عطف بينها باو متباينة وان كلما صدق عليه احدها حمام فاما التباين فغير
ظاهر لان ظاهر كلامهم ان كلما يهدر يعب الماء واما الثاني فمحتمل نظرا الى عدم المنافاة في ثبوت الحكم للجميع
فكيف كان فان للمحل كفارة معينة ولا بد من اخراجه وكذا القطا وفي فرخها حمل هو بالتحريك من اولاد
الضان ما له اربعة اشهر فصاعدا ذكره المصنف في المنتهى قال فان اهل اللغة يسمون ولد الضان حملا بعد اربعة
اشهر وشيخنا الشهيد في الدروس وفي رواية جدي وهو من اولاد المعز ما له اربعة اشهر ودرهم على المحل
في المحرم لورود النص على ذلك واطلاق الاصحاب الحكم به واحتاط المصنف في التذكرة والمنتهى بوجوب اكثر الامرين
من الدرهم والقيمة نظرا الى ان النص بالدرهم يمكن ان يكون مستندا الى ان القيمة كانت درهما ولا مانع من
الاحتياط لكن اذا كانت القيمة السوقية ازيد فاجزاء الدرهم في غاية الاشكال اذا كان مملوكا لان المحل اذا قتل مملوكا

فی غیر الحرم یلزمه قیمة السوق بالغة ما بلغت تکیف یجزی الانقص فی الحرم   وفی کسر کل بیضة بعد التحرک حمل
وقبله درهم لخ اطلق الحمل فی کسر البیضة بعد التحرک وفصل بکون الکاسر محرما فی الحل او محلا فی الحرم او محرما فی
الحرم فیما یلی وتحقیقه ان فیهما ما فی الفرخ حمل ان کان محرما فی الحل ونصف درهم علی المحل فی الحرم ویجتمعان علی
علی المحرم فی الحرم لانها بعد ترک الفرخ قد صارت فرخا ونبه علی ذلک فی الدروس   فی قتل کل واحدة من
القطاة والحجل والدراج حمل قد فطم ورعی الشجر ای قدما آن وقت فطامه ورعیه وان لم یکن قد حصل وهو ما له
اربعة اشهر لکن یشکل بان فی بیض کل واحد منها بعد تحرک الفرخ مخاض وهی ما من شانها ان یکون حا   ملا
فکیف یجب فی فرخ البیضة مخاض وفی الطایر حمل ونزل ذلک فی الدروس علی احد امرین اما ارادة
بنت المخاض من المخاض وهو بعید وخروج عن النص وکلام الاصحاب او تصرف غیر واضح فیهما او علی وجوب
ذلک فی ذلک فی الطایر منها بطریق اولی ویکاد یکون خلاف الاجماع او علی التخییر جمعا بین الاخبار وهو فی
الخروج عن کل من کلام الاصحاب بمنزلة الاول ویمکن ان یقال شرعنا مبنی علی الفرق بین المتماثلات والا   ستبعاد
لا دخل له فی الاحکام بعد ثبوت تدارکها لکن قول المص فیما سبق ان فی الفرخ من صغار الغنم اوضح فی الجمع
ودفع الاشکال وهو مختار ابی القاسم بن سعید   فی قتل کل واحد من القنفذ والضب والیربوع جدی
هو من اولاد المعز کما قدمناه قال الشیخان وکذا ما اشبهها وکذا قال ابن ادریس ولیس ببعید لقوله تعم
فجزاء مثل ما قتل من النعم   فی کل واحد من العصفور والقنبرة والصعوة مد من طعام وکذا ما اشبهها
ذکره الاصحاب والصواب القبرة بغیر نون کما نص علیه اهل اللغة وصرح صاحب الصحاح بالنون فیه من
لحن العامة لکن هکذا وجد فی نسخة الاصل وغیرها من مصنفات المص   فی الجرادة والقملة یلقیها عن کف
من طعام ای فی الجرادة یقتلها وکذا فی قتل القملة بطریق اولی خلافا للشیخ فی المبسوط   وفی کثیر الجراد شاة یمکن
ان یراد بالکثیر ثلاثة فصاعدا وهو اولی فانه اول مراتب الکثرة وبعض الاخبار قد یمکن جعله شاهدا
او یمکن رده الی العرف کسایر الامور العرفیة   وهذه الخمسة لا بدل لها علی الخصوص ای لم یتعین لکفارة کل
منها بدل بل بدلها علی سائر الکفارات عند تعذرها وهو الاستغفار لکن فی صحیحة معویة من کان علیه
شاة فلم یجد اطعم عشرة مساکین فان لم یجد صام ثلاثة ایام والعمل بها قریب   یجزی عن الصغیر مثله ای فی
السن وقد سبق الخلاف فی فرخ النعام وفی الفرخ اذا تحرک فی البیضة من بیض القطاة والقبج والدراج
ویجزی اعور الیمین عن اعور الیسار علی اصح الوجهین لاتحاد العیب وان اختلف محله   والذکر عن
الانثی وبالعکس التردد فی اجزاء الذکر عن الانثی الا ان الشیخ افتی بالاجزاء وتبعه جماعة لان هذا المقدار
من التخالف لا یخرج عن المماثلة وهو قریب   یستوی الاهل من الحمام والحرمی فی القیمة اذا قتل فی الحرم

منطق الجار هو يستوي واذا ظرف له بمقتضى السياق والمعنى استواؤهما في القيمة اذا قتل كل منهما في الحرم وفي
يستشكل وجود الاهلي في الحرم لان الحمام لا يملك في الحرم وان كان من الحل فيمتنع بامكان ذلك في القماري والدباسي
والتقييد بقتله في الحرم للاحتراز عن قتله في الحل وهو ظاهر في حمام الحرم لانه اذا قتل في الحل لم يلزمه به كفارة
على المشهور اما الاهلي فالظاهر ان الحال لا يتفاوت فيه فيمكن قصر التقييد بالظرف على الحمام الحرمي للاحتراز ز
عن قتله في الحل فلا يحتاج الى تكلف تصوير قتل الاهلي في الحرم لاختصاص الشرط بالاخير فيتحقق الحكم في
الاول لقتل الاهلي خارج الحرم والمراد بالقيمة اما الدرهم او الفداء   لكن يشتري بقيمة الحرمي علف لحمامه وكذا
كما صرح به في الدروس وهو في بعض الاخبار ولو فقد احتمل اجزاء مطلق العلف لان في بعض الاخبار
علف حمام الحرم بها وفي بعضها التخيير بينه وبين الصدقة بها واما فداء المملوك فلصاحبه كما يجيء ان شاء الله تع
لو ضرب الحامل فالقته ميتا حاملا ضمن ما بين قيمتها حاملا ومجهضا اي مسقطا فيتصدق بقيمة الحمل في ذلك وقد
يتعين فداء وان كان الحمل قد تحرك اذ لا يعد حيوانا الا بعد وضعه حيا   ولو ضرب ظبيا فنقص عشر قيمته
احتمل وجوب الشاة لوجوبها في الجميع وعشر قيمتها اي قيمة الشاة لان الجزء يستلزم ضررا زائدا على ضرر قدر
الواجب فينتقل الى بدل العشر وهو قيمته والعشر مثال والا فالربع والخمس كذلك   والاقرب ان وجد
المشارك في الذبح فالعين والا فالقيمة هذا اصح لاندفاع الضرر وعشر الكفارة التي هي الشاة اقرب الى مماثلة الجنى
عليه من القيمة فيتعين لا لما قوله تعجز الا مثل ما قتل من النعم الى ذلك فانه مع تعذر الحقيقة يصار الى اقرب
المجازات ويتحقق المشارك بوجود من عليه من الكفارة بقدر ما بقي او كونه محتاجا اليه للاكل ونحوه وكذا لو احتاج ج
اليه المكلف لنحو الاكل والضابط ان لا يلزم ضررا زائدا على اصل الكفارة الواجبة   ولو ازمن صيدا وابطل
امتناعه احتمل كمال الجزاء لانه كالهالك هذا اصح فانه ابطل له امتناعه لمكن منه كل قاتل من سبع ومحل في
الحل وقد صرح بابطال امتناعه اوكله للاكل   والارش اي ويحتمل وجوب الارش خاصة لانه عوض
جنايته والظاهر الاول لان الصيد مأخوذ فيه بالاحتياط التام وبعد الاحتمالات   ولو قتله آخر فقيمة
المعيب اي مع القيمة الكاملة على الاول صرح به في التذكرة لاستقرار وجوبها عليه وقال الشيخ عن كل منهما
فداء كامل والمماثلة تنفي الفداء الكامل على الثاني ولا استبعاد في وجوب القيمة كلها على الاول وقيمة المعيب
على الثاني لان الاول اعده لقتل الثاني ولا اقل من ان يكون ممسكا   ولو ابطل احد امتناعي النعامة
لحق الفرق ببقاء الامتناع هنا بخلاف الاول   لو قتل ما لا تقدير لفديته فعليه القيمة وكذا البيوض او ما
لا تقدير لقيمته شرعا ففيه القيمة السوقية بتقويم عدلين عارفين وهذا اذا كان القاتل محلا في الحرم او محرما ما
في الحل والا تضاعف الفداء مع اجتماعهما ومع بلوغ البدنة اشكال   وقيل في البطة والاوزة والكركي

شاة الاوزة بكسر اوله وفتح ثانيه مع تشديد ثالثه مفتوحًا وهذا القول هو الاصح ويشهد له رواية ابن ابى ه
بان في ذبح الطير شاة فيكون مثلي المنصوص وتوقف المص ههنا نظرًا الى انه غير منصوص على عينه العبرة
بتقويم الجزاء وقت الاخراج لانه وقت تحتم الوجوب وهى وقت التعذر و وفيما لا تقدير لفديته
وقت الاتلاف لانه وقت لزوم الذمة ولا بد من لزوم شئ معين وهو البدل ح والعبرة في قيمة الصيد بمحل
الاتلاف لانه وقت لزومها الذمة ولو كان احدهما القاتل او كلاهما فان كان عمدًا لم يجز يشترط ان يكونا
عدولًا وانما لم يجز لانه فاسق بفعله وقد يقال ان هذا ليس من الكباير فيفسق فاعله ويجاب بانه قد ورد د
وجوب التعزير في متعمد قتل الصيد بين الصفا والمروة واختار في الدروس التعزير مطلقا وح فيكون
ذلك من الكباير على بعض الاراء لكن اذا تاب القاتل جاز ان يكون لحد المقومين والاجاز اذ لا مانع
من كونه قاتلا ومقوما لشمول الاية له لو فقد العاجز عن البدنة البر دون قيمته فاقوى الاحتمالات التعديل
عند فقده المراد تعيين القيمة وافرادها لجعلها عند فقده يشترى بها برا ووجه القوة انه مع وجود القيمة
بمنزلة القادر على البر كما في الهدى الواجب في التمتع وهذا انما هو تفريع على القول بوجوب الجزاء والبدل مرتبا
ويشكل بوجوب الكفارة على الفور وليست كالنسك الثابت بالاصالة ولان الجدة تتحقق بوجود الثمن في
الهدى وهى المعلق عليه في الانتقال الى البدل اما البر فغير موجود هنا قطعا ثم شراء غيره هذا هو
الاحتمال الثاني الذي هو الادون من الاول في القوة وقد اشار الى ذلك بثم والمراد شراء غيره من اصناف
الطعام ووجهه المشاركة في المعنى المطلوب بالبر ففي الاكتفاء بالستين لو زاد اشكال اى تفريعا على هذا
الاحتمال لو زاد البدل عن ستين باعتبار القيمة في غير البر فهل يسقط الزائد كما يسقط في البر اشكال ينشأ
من المشاركة وعدم النص والاصح تفريعا على هذا الوجه لا يكتفى لعدم النص والكفارة منوط بالقيمة والرخصة
الثابتة في موضع لا تتعدى فان تعدد احتمل التخيير والاقرب انه هذا من الاحكام المتفرعة على الوجه الثاني
اى فان تعدد ذلك الغير احتمل التخيير لعدم ثبوت المرجح الشرعي فترجيح بعض على غيره ترجيح بلا مرجح ويحتمل
وجوب الاقرب اليه كالشعير مع الذرة وهذا قوى تفريعا لانه اذا تعين العدول عن المنصوص الى غيره
لتعذره اشبه العدول عن الحقيقة الى المجاز فيطلب اقرب المجازات وكل ضعيف لانه بناء على ضعيف
ثم الانتقال الى الصوم هذا اصح لتحقق العجز عن البدل الثاني فيصار الى الثالث لتحقق الشرط وهو العجز
ولان الكفارة واجبة على الفور فالتعزير فيها بغير نص مشكل والاولى الحاق المعدلة بالزكاة المعدله ه

لو عارض العدلين عدلان تعارضا في المماثلة فيبقى الحكم اشكال بخطه

بصيغة اسم المفعول هو القيمة التي عدلها عند فقده بناء على الاحتمال الاقوى عنده والمراد بالحاقه بالزكاة
عند فقده صرح شيخنا الشهيد كونه اذا تلف بغير تفريط لا يكون مضمونا كما في الزكاة اذا عزلها عن ماله عند عدم المستحق وضعف بان الزكاة ه

فرع لو عجز عن الصوم وقدر على القيمة فهل يجب التعديل في حواشيه بالوجوب وهو محتمل كانه بخطه

واجزء

وبه يتضح الفداء

واجبة في العين فاذا تلفت بغير تفريط لا يجب لها بدل بخلاف الكفارة الواجبة في الذمة فان الذي يعينه انما يتحقق به البراءة بشرط تحقق اخراجه كما سبق فيما لو عين الكفارة في هدي ثم تعيب فالمتجه عدم الالحاق فان اكله تضاعف الفداء
اي تضاعف الفداء وان اكل يسيرا للرواية على بن جعفر الدالة على ان كل من اكل من صيد عليه فداء صيد كامل
والاقرب انه يفدي القتيل ويضمن المأكول اي انما يجب عليه الفداء وقيمة ما اكل لا فداء آخر كامل ووجه القرب الرواية نه
الدالة على وجوب فداء واحد ويشكل بانها ان دلت على عدم وجوب شيء آخر لم يجب القيمة ايضا والا وجب الفداء الآخر
بالرواية الاولى وهو الاصح ويكون ميتة بالنسبة الى كل واحد حتى المحل لعدم حصول اركان الذبيحة فان الذابح
ليس له صلاحية الذبح وكذا الحيوان وجلده ميتة هذا كالمستدرك لاغناء ما قبله عنه ولو صاده المحرم وذبحه
المحل في الحل حل عليه خاصة اي لا على المحرم فهو حصر اضافي فلا يلزم ان لا يحل على محل آخر غير الذابح وهذه العبارة
باطلاقها يتناوله ما اذا اصاده من الحل ومن الحرم ولا شبهة في ان ما صاده من الحرم يجب بحله وان اخرجه من
الحرم وجب اعادته ولا يحل بعد اخراجه ولو ذبحه كان ميتة ففي صحيحة علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام انه سأله عن
رجل اخرج حمامة من حمام الحرم الى الكوفة او غيرها قال عليه ان يردها فان ماتت فعليه ثمنها يتصدق به والظاهر
ان ما دخله من الصيد الى الحرم ثم اخرجه كذلك لوجوب ارساله عند الادخال ولو ضرب بطيرا على الارض فمات
فعليه دم وقيمتان في رواية معوية ثلاث قيمات غير بالقيمة بالقيمة الثالثة عن الفداء احديهما للحرم والاخرى
لاستصغاره كذا في الرواية وهي كالظاهر في ان المراد استصغار الطاير مع احتمالها لارادة استصغار
الحرم وقيل ويظهر الفائدة فيما لو ضرب بالطاير في غير الحرم فعلى الاول يلزم قيمة اخرى وعلى الثاني لا وعندي في
هذا نظر لانه على الاول ليس المراد مطلق الاستصغار قطعا للطاير بل الاستصغار المخصوص فلا يتعدى الحكم
وهل يستحب الحكم في غير الطاير فيه تردد والظاهر لا ولو شرب لبن ظبية في الحرم فعليه دم وقيمة اللبن للرواية
عن الصادق عليه السلام ولو كان في غير الحرم فقيمة اللبن ليس الا في الدروس وقيد بالمحرم في الرواية فيحتمل وجوب القيمة
على المحل في الحرم والدم على المحرم في الحل ويمكن ان يقال اللبن مما لا نص فيه فلا يجب الا قيمة على المحرم في الحل وعلى
المحل في الحرم لكن يشكل هذا بان اجتماع الامرين على المحرم في المحرم يقتضي وجوب الدم مع الانفراد باحد السببين
والقيمة معه بالسبب الآخر ويبعد ان يكون الدم على المحل في الحرم استدلالا فالدرهم في الحمامة على المحل في الحرم
فتعين العكس وفي هذا الاحتمال قوة ظاهرة وفي الرواية دلالة عليه ويستحب في غيرها اي يستحب هذا الحكم
بالتضاعف في غير الظبية كالبقرة الوحشية بان يجب قيمة اللبن والشاة ايضا فيكون الاستحباب لعين الحكم ويحتمل وجوب
البقرة الاهلية وقيمة اللبن فيكون الاستحباب لنظير الحكم والظاهر عدم الاستحباب لان ذلك قياس لا نقول به نعم يتضاعف
الفداء الواجب على المحرم في الحل وهو قيمة اللبن لانه مما لا نص فيه او جعل في راسه ما يقتل القمل محلا فقتله محرما

النص هذا اذا لم يتمكن من ازالته حال الاحرام فان تمكن وقصر ضمن ومثله ما لو نصب شبكة للصيد محلا فاصطادت محرما
ولو احتفر بئرا محلا ثم احرم وهو قادر على طمها فان كانت معدة للماء او نحو ذلك فالظاهر عدم الضمان بها ولو كان
معدة للاصطياد فليس ببعيد كونها كالشبكة المنصوبة فيما قلناه   وفي كسر قرني الغزال الخ مستند ذلك
النص وعمل معظم الاصحاب وقيل يجب في الجميع الارش لان في بعض رجال الرواية قولا واختاره في المختلف والمنتهى
والفتوى على المشهور   لو اكله في مخمصة ضمن ولو كان عنده ميتة فان تمكن من الفداء اكل الصيد وفداه
والا الميتة هذا مختار ابن ادريس والظاهر من عبارات الاكثر وقيل ياكل الميتة وهو ضعيف للنص الدال
على اكل الصيد والفداء وفي بعض الاخبار اذا لم يكن متمكنا من الفداء ياكل ويفدي بعد ذلك وهو متجه
لكنه لم اجد به تصريحا من الاصحاب وعباراتهم محتملة وان كانت ظاهرة في الاول وربما يقال ان الكفارة واجبة
على الفور مع العجز عنها لا تستقر في الذمة بل تسقط فيكون ذلك موجبا لتحتم اكل الميتة وجوابه ان في هذا
شائبة العوض فليس كفارة محضة كما لا يخفى في المخمصة وفي الرواية تنبيه عليه حيث قال عليه السلام اكلك من
مالك احب اليك ام من الميتة اذا ثبت هذا فانما ياكل الصيد اذا كان مذبوحا بيد محل او تمكن من ذبحه
المحل له لان ذبح المحرم له لا يوجب ذكاته ويحتمل في الدروس استثناء ذبح المحرم في هذا الموضع وليس ببعيد
لان مناط عدم حصول الذكاة بذبحه النهي عنه فاذا انتفى انتفى والاول اولى وانما يجوز له اكل ما يسد الرمق
كما صرح به في الدروس والمراد به ما يندفع به ضرورته باعتبار سفره وتردده في مهماته   لو عم الجراد المسالك
مستند ذلك النص وهل يتعدى الى غيره من الصيد يحتمله   لو رمى صيدا فاصابه ولم يؤثر فلا ضمان
اي انا قطع بعدم التأثير وهذا اذا لم يؤثر فيه رام آخر معه والا ضمنا معا   فلو جرحه ثم رآه سويا
ضمن ارشه وقيل ربع القيمة مستند الثاني ضعيف فان مال الى القياس والارش هو الاصح   فلو دفع
الصيد في الشبكة الخ قوله اشكال الضمان احوط وان كان العدم قويا للعموم قوله تعالى ما على المحسنين من سبيل
ولا يعارض بعموم الضمان باثبات اليد على الصيد لان الترجيح للاول بالاصل وباذن الشارع بهذا الفعل
والدلالة ومغري الكلب اي محرما او محلا في الحرم   والواقف بها راكبا ينبغي الواقف بها مطلقا كما هو في الدروس
لتمكن الواقف بها من المحافظة عن الجناية باليدين والرجلين   والمغلق على الحمام سيأتي ما يشترط لضمانه
ولو نفر الحمام فعاد فلم شاة اي عاد كله الى مستقره من الحرم والمسألة مفروضة في المحل في الحرم فلو كان
محرما في الحرم ففي وجوب الفداء والقيمة مع العود او لا مع نظر ينشأ من عدم النص ومن مضاعفة الفداء
بتعدد السبب اعني الاحرام والحرم فعلى هذا لو نفر الحمام محرما في الحل ما الذي يجب عليه يحتمل العدم لعدم
النص ويحتمل القيمة نظرا الى انه نزل منزلة الاتلاف وعلى هذا فهل يفرق بين عوده فيجب قيمة واحدة وعدمه

فيجب

فيجب لكل واحدة قيمة ام لا فيجب قيمة واحدة في الحالين او يتعدد في الحالين فيه نظر وهل يتعدى الحكم في هذه المسائل
كلها الى غير الحمام فيه نظر اذ لا نص ههنا واعلم ان هذه المسألة من اصلها لا نص فيها وانما ذكرها ابن بابويه في
رسالته والاقرب ان لا شيء في الواحدة مع الرجوع اي فيما لو كانت واحدة فرجعت ويمكن تناول
العبارة ما لو نفر عليه فرجعت واحدة فلا شيء فيها وعلى ما ذكروه من بناء الحكم على ان الحمام جمع او اسم
جنس يلزم ان لا شيء في الواحدة وان لم تعد اذ لا يتناولها هذا اللفظ فان قيل نفرها مع عدم العود
بمنزلة الاتلاف قلنا ان تم هذا فالدفع بشيء من خارج لا بهذا المذكور والذي صرح به اهل اللغة ان الحمام اسم
جنس يقع على الواحدة والكثير والجمع حمائم فعلى هذا لا فرق بين الواحدة والمتعدد الا انه يشكل بلزوم
مساواة حكم عود الواحدة بحكم عدم عودها سواء كانت واحدة في الاصل ام انفردت بالعود وهو بعيد
فمن ثم كان الاوجه في حكمها التوقف ولو اصاب احد الراميين الخ المراد احد الراميين المحرمين وفيه ابن
ادريس وجوب الفداء على المخطي والرواية حجة عليه ولو تعدد الرماة ففي تعدي الحكم الى جميع من اخطأ اشكال
وعلى هذا فلو كانوا في الحرم فهل يتضاعف الفداء على المخطي الظاهر في الراميين ذلك لان حرمة الحرم توجبه
التضاعف اما حكم من عداهما فمشكل ولو اوقد جماعة نارا الخ المراد ايقاد النار حال الاحرام قبل دخول الحرم
كما في الرواية وفيها ان الواقع حمامة او شبهها وفيها انه لو كان ذلك بعد التعمد فيها للصيد لزم كل واحد
دم شاة فمقتضاها عدم الفرق بين الحمامة وغيرها من الصيد لما في آخر الرواية وبه صرح في الدروس ولو
كان ذلك في الحرم من المحرم تضاعف الواجب ففي الحمامة يلزم شاة وقيمة ومن المحل يلزم القيمة ولو قصد بعضهم
وبعض لم يقصد فعلى كل من القاصدين فداء منفردا ومتعدد لو كانوا محرمين في الحرم وعلى من لم
يقصد فداء واحد في الحل اذا كانوا محرمين وفي الحرم اشكال ولو كان غير القاصد واحدا فاشكال ينشأ
من مساواته القاصد ويحتمل ان يجب على غير القاصد ما يجب عليه لو لم يقصد الجميع فلو كانا اثنين وقصد
احدهما دون الآخر فعلى القاصد شاة وعلى الآخر نصفها لو كان الواقع نحو الحمامة قال في الدروس ولا
اشكال في وجوب الشاة على الموقد الواحد قصدا ولا في الاشكال عن ظاهر فان الرواية دلت على عدم
استواء القاصد وغيره ولو رمى صيدا فتعثر الخ سواء كان الرامي محلا في الحرم او محرما في الحل او في
الحرم فيضمن في كل من الحالات وانما يضمن الجميع اذا حصل الجناية على المتعثر او جهل حاله ولو سار على الدابة
او قادها ضمن ما تجنيه بيديها وكذا برأسها للرواية ولو ساقها او وقف بها ضمن مطلقا لانها تحت سلطنته وجنايتها
منسوبة اليه فخرج من ذلك جنايتها برجلها حال السير اذا لم يكن سائقا لها لانه لا يشاهد رجلها حتى
يحكم عليها وقد قال عليه السلام الرجل جبار وكذا المحل لو امسك الام في الحل فمات الطفل في الحرم لان الجناية

وقعت على الصيد في الحرم فاشبه ما لو رمى الصيد من الحل الى الحرم ولو امسك المحل الام في الحرم فمات الولد في
الحل ففي ضمانه نظر ينشأ من كون الاتلاف بسبب في الحرم فصار كما لو رمى من الحرم ومن الاتلاف في الحل فلا يكون
مضمونا وليس بشيء لان الاتلاف وان كان في الحل لكنه بسبب صدر في الحرم فالاصح الضمان ضمن الى ان يعود
الصيد الى السكون اي بحيث لا يبقى له نفار ولا توحش بسببه فلو هلك الا بسببه لم يضمن ولو هلك
قبل ذلك بافة سماوية فالاقرب الضمان هذا هو الاصح لانه مضمون فيكون تلفه ولو بسبب آخر مضمونا
ولو اغلق بابا على حمام الحرم ان كان في الحرم اشكل ذلك اذ المحرم يتضاعف عليه الفداء في الحرم وان كان في
غير الحرم لزم ضمان حمام الحرم في الحل لغير المحرم والمص والجماعة لا يقولون به على انا لو قلنا بضمانها لامكن ان
يقال يضمنها المحرم مع تضاعف الفداء تنزيلا لكونها من حمام الحرم منزلة كونه في الحرم وهذا الاشكال
لازم وقيل يضمن بنفس الاغلاق القول للشيخ لرواية يونس بن يعقوب عن ابي عبد الله عليه السلم
ونزله المص على جهل الحال ثم يحل حسن وكذا الصيد على اشكال اي لو حله فقتل صيدا آخر ولا ريب
ان الضمان احوط ولو حل الرباط لتقصيره في الربط فلذلك والا فلا اي لو حل رباط الكلب فان
للتقصير ضمن وان لم يكن لذلك كان قطع الحبل المتين فلا ضمان ولا يحتمل العبارة ارادة احلال الصيد
للتقصير في ربطه ولو كان في ملكه او موات لم يضمن ينبغي لو كانت البئر مما يعتاد فيه الصيد بها ان
يضمن لانها لا تقصر عن الشبكة وسائر حبائل الصيد ولو حفر في ملكه في الحرم فالاقرب الضمان لان حرمة
الحرم شاملة فصار كما لو نصب شبكة في ملكه في المحرم كل من سبب الى اتلاف الصيد فعليه الضمان في الحل
والحرم ولا اثر لكون السبب حلالا في زوال الضمان وسقوط الضمان في الحل للحاجة والضرر العامين للحاجة
اللازمين بخلاف الحرم ولو كان معه قبل الاحرام زال ملكه عنه به ووجب ارساله هذا مذهب الاصحاب
وقيل بل يبقى على ملكه وان وجب الارسال وتظهر الفائدة فيما لو اخذه احد او جنى عليه جان فان له انتزاعه
في الاول والمطالبة بالعوض في الثاني ولو لم يرسله حتى تحلل لم يجب عليه الارسال لزوال المقتضي
وهو الاحرام وهذا اذا لم يدخل الى الحرم وان ادخله الحرم ثم اخرجه منه وجب اعادته اليه للرواية فان
تلف فعليه ضمانه ولا يلحق الحرم الاحرام لعدم المساواة وانفراد الحرم بالنص ولو كان نائيا الحق المراد بالنائي
ما صدق عليه ذلك عادة وكذا القريب ان كان معه لا يدخل ملكه ان كان في حال الاحرام ولو لم يكن معه
دخل في ملكه بهذه الاسباب جميعا وقيل يملك وعليه ارساله هو قول الشيخ والاصح عدمه لقوله تع وحرم
عليكم صيد البر ما دمتم حرما اي وجوه انتفاعاته فيخرج عن المالية بالاضافة الى المحرم فان قبض تلف
فعليه الجزاء لله تع والقيمة للمالك واحتمل في الدروس في الحرمي كالقماري والدباسي ان يكون الجزاء القيمة

للمالک فیجب جزاء الله تع الصا واذا احل دخل المورث فی ملکه سوآء کان له شریک فی الارث ام لا فان الغا رض
سریع الزوال ویکون المزولها هنا علی حکم مال المیت فان تعذر فاشکال اقربه الارسال والضمان هذا هو الاصح
جمعاً بین الحقین ولو کانا فی الحرم تضاعف الفدآء مالم تبلغ البدنة ای مالم تبلغ قیمتها وهذا هو الاصح والروایة
بامر سبلة لکن العمل بها مشهور والتضاعف مطلقاً احوط وظاهر کلام المص فی المنتهی والتذکرة وغیره ان ما
یجب فیه البدنة لا یتضاعف لو وقع الفعل فی الحرم ویلوح من عبارته اعتقاد ان هذا الحکم داخل فی التی ذکرناها
ولعله یریده بهذه العبارة وفی دلالة الروایة ومثل هذه العبارة علی ذلک نظر ظاهر ولو نقل بیضاً عن موضع
ففسد ضمن ظاهره انه لا ضمان مالم یفسد وظاهر عبارة الدروس الضمان الا ان یخرج الفرخ سلیماً ویتفاوت حکم
العبارتین فیما لو جهل حاله ولو کان من شأنه ان یفسد بذلک او تنفره الام فلا یحضنه ظهر قوة کلام الدروس
ولو کسره فخرج فاسداً فالاقرب عدم الضمان هذا اصح لانتفاء المقتضی ویحتمل الضمان لثبوت المنع ظاهراً
٥ وقد اقدم علی کسره باعتقاد انه صحیح ولا شبهة فی انه یأثم لان الغرض اعتقاده سلامته وهل یعزره احتمال
ومانقدم من قوله فلا شئ فی المارق المراد به ما علم کونه مارقاً قبل کسره ویکره له ما یؤم الحرم ای ما هو
قاصد الی دخوله بان یکون متوجهاً الیه وتشهد القراین بارادة دخوله وقیل یحرم وفی الروایة الصحیحة لا یحرم
وان کان فی بعض الاخبار ما یدل علی التحریم فالطریق الجمع الحمل علی الکراهة فان اصابه فدخل الحرم ومات
فیه ضمنه علی اشکال ینشأ من وقوع السرایة فی الحرم فکانت کالجنایة الصادرة فیه ومن الروایة الصحیحة
الصریحة الدالة علی عدم الضمان والاصح عدم الضمان وان کان احوط فظاهر توجیه الاشکال یقتضی عدم
قصر هذا الحکم علی ما یؤم الحرم فلو خرج الصید فی الحل مطلقاً فدخل الی الحرم ومات فیه یلزم علی الوجه الثانی
ضمانه لان سرایة الجنایة کالجنایة الصادرة فی الحرم علی ذلک التوجیه ویکره صید ما بین البرید والحرم
اعلم ان للحرم حرماً خارجه وهو برید من کل جانب وهو وراء الحرم فالحرم برید فی برید فی وسطه حرم
للحرم برید من کل جانب حوله والمعنی یکره صید البرید الذی هو خارج الحرم من نهایة البرید الی حد الحرم
والمراد ان صید هذا البرید فی ای جزء کان من اجزائه مکروه وان کانت العبارة لا تخلو من تکلف
ویستحب ان یتصدق عنه بشئ لو فقأ عینه او کسر قرنه لورود الروایة بالامر بذلک وهی محمولة علی الاستحباب
وان کان ظاهر الامر الوجوب بل مقتضاها تحریم الصید ثم وبه قال الشیخ واستحباب الصدقة وکراهة
الاصطیاد اظهر استبعاد التحریم ما عدا الحرم وعلی هذا فهل یستحب کفارة لو فعل من الجنایات غیر ما ذکر
لا اعلم فیه شیئاً نفیاً ولا اثباتاً ولو قتل صیداً فی الحرم لحج الظاهر ان ما تقدم مما ینافی ظاهر هذه المسألة
کان حکم الاحرام وهذا حکم الحرم فلا تکرار ولو رمی المحل من الحل صیداً فی الحرم الی قوله وجب ارساله

بسب فی اللواحق

فان اخرجه ضمنه ولو تلف بغير سببه الظاهر ان هذه الاحكام كلها لا خلاف فيها وهي منصوصة ولو
كان مقصوصا وجب حفظه الى ان يكمل ريشه ثم يرسله اي لو كان الصيد الذي ادخله الحرم مقصوصا
لورود الامر بذلك ولو ارسله قبل ذلك فالمناسب الضمان لانه معرض للتلف فانه لا يمتنع ومقتضى العبارة
كون الصيد طايرا بدليل قوله مقصوصا والرواية في الحمامة المقصوصة والظاهر ان غيرها من الطيور
كذلك ولو كان الصيد غير طاير وعرض له ما لم يبق معه ممتنعا ففي الحكم تردد وحفظه الى ان يصير
ممتنعا قوي ولما يشكل لو ييس من عوده الى الامتناع ويمكن جواز ارساله مع ضمان البدل لانه
التكليف بالحفظ دائما حرج عظيم وعليه الارش بين كونه منتوفا وصحيحا لو نتف اي على من
نتف ريش الطاير وهو تفاوت ما بين قيمته منتوفا وصحيحا هذا اذا نتف ارشه من ريشه لان حكم الريشة
سياتي وهذا الحكم ثابت في الحرم مطلقا وفي الحل على المحرم لكن ينبغي التضاعف لو كان محرما في الحرم كما يظهر
من اطلاقات الاصحاب لتعدد المقتضي وعبارة الكتاب يلوح منها ان الحكم في الحرم لو نتف ريشه من
حمام الحرم تصدق بشيء وجوبا باليد الجانية مورد الرواية معللا بالايلام ولو تعدد الريش فان كان نتفها
دفعة او نتف اثنين فصاعدا دفعة فالظاهر الارش كما سبق وان كان نتف كل واحدة دفعة ففي
كل واحدة صدقة لتعلق الحكم بكل واحدة براسها ولو لم يكن للمنتوف ارش اصلا كثلاث ريشات من البطن
مثلا من مواضع متفرقة لا يحدث بنتفها نقصان في القيمة ففي الحكم اشكال وعدم وجوب شيء اصلا بعيد جدا
ولو عاب الطاير بالنتف فاشكال ولو كان المنتوف وبرا خيوان من الصيد او صوفه ففي التعدية اشكال
ولا شبهة في وجوب الارش حيث يحدث نقصان في القيمة وبغيرها اشكال الاصح عدم الاجزاء لانه
خلاف الماموربه وفي تحريم صيد حمام الحرم في الحل على المحل نظر قال الشيخ يحرم والرواية دالة على التحريم
فالقول به اقوى حتى يبلغ بدنه فلا يتضاعف قد تقدم متنقحا واعادته تكرار محض وفداء المملوك
لصاحبه وان زاد على القيمة على اشكال مقتضى سياق العبارة ان يكون الحكم شاملا للمحرم في الحل وفي الحرم والمحل
في الحرم الا ان المتبادر من قوله وفداء المملوك ان يكون الحكم للمحرم في الحل لان المتبادر الى الفهم من الفداء هو
ما يلزم المحرم في الحل وان امكن حمله على مطلق ما يلزم فيكون معنى اعم وهو المناسب للمعنى اللغوي لان فداء
الشيء ما يعطى به قل او كثر والاستعمال الاول اغلب لكونه حقيقة والمراد بالقيمة في القيمة السوقية يوم الاتلاف
على الاصح ويحتمل اعلى القيم لانه غاصب والمراد بالصاحب من يكون محترم المال فيخرج عنه الحربي ويجب في
قتل صيده ما يجب في مباح الاصل لانه اذا كان فيما للمسلم والمحرم لا يملك الصيد يكون بمنزلة المباح اذا تقرر
هذا فان نزلت العبارة على المعنى الاول كان المعنى فداء المملوك لصاحبه ان ساوى قيمته السوقية الواجبة

ما لا مثل له ينتقل في
قيمته الى الاطعام فتجعل
نفقله فالى الصيام عن
كل يوم من حج جوابه
بخطه

في المتلفات وان زاد احتمل ثبوت الزيادة للمالك لانها في مقابل ماله شرعا فيكون عوضا شرعيا او وجوب الصدقة
لانها زيادة عن ماله فلا يستحقها وفعل هذا هل يجب جزاء الله تع يحتمل لاقتضاء الاحرام ذلك وبه صرح في التذكرة
والمنتهى والدروس وهو اللائح من عبارة ابن ادريس في السرائر حيث قال في المملوك القيمة السوقية لمالكه والقيمة
والقيمة الشرعية يتصدق بها والظاهر انه اراد بالقيمة الشرعية ما قوبل به شرعا والذي يلوح من عبارة المص
في هذا الكتاب انه لا يجب امر زائد على الفداء للمالك فعلى هذا لو كان محرما في الحرم فالحلال فيه فهل يجب المجموع للما لك
يحتمل ذلك بناء على وجوب الزيادة عن القيمة السوقية له ويحتمل وجوب القيمة السوقية خاصة له ويجب التصدق
بالباقي كسائر الاموال اذا اتلفت في ما الذي يتصدق به يحتمل مجموع الفداء والقيمة او الفداء المضاعف في الحرم
ويحتمل ما يبقى بعد القيمة في المحرم وليس بظاهر الا اذا اوجبناه للمالك القيمة في خارج الحرم واوجبنا التصدق
بما يبقى من الفداء وهو خلاف المختار عند المص وشيخنا في الدروس وعبارة الدروس هذه ولو قلنا بالمساواة
بين الحرمين هنا وغيره كان قويا وعلى القول باستحقاق المالك الفداء اشكالات آ ان الواجب في المتلفات من الاموال
القيمة وهي ما كان معينا بالاثمان اعني الدراهم او الدنانير فايجاب البدنة في النعامة للمالك خروج عن مقتضى
المالية وعدم ايجابها اقتصارا على القيمة السوقية خروج عن النص القاطع ب لو عجز عن الفداء فايجاب الصوم
يقتضي ضياع حق المالك وايجابه القيمة معه خروج عن كون الجزاء للمالك وعدم ايجابه اصلا ابعد لان فيه
خروجا عن النص الوارد بصريح الكتاب العزيز ج الفداء لو كان انقص من القيمة فايجاب شيء اخر معه يقتضي
الخروج عن استحقاق المالك الفداء لانه انما يستحقه اذا قطع النظر حكم عن التقويم المالي وعدمه واضح البطلان لانه
اذا وجبت السوقية في حال عدم الاحرام خارج الحرم فالمناسب التغليظ مع احدهما او هما لا التخفيف وضياع
المال المحترم بغير سبب ظاهر البطلان د لو كان المتلف بيضا وجب الارسال وقلنا ان الفداء للمالك فلم ينتج شيئا
يلزم ضياع حق المالك المعلوم بطلانه وان اوجبنا القيمة السوقية معه لم يصدق ان الفداء للمالك وان نفينا الارسال
واوجبنا القيمة لزم الخروج عن النص وعلى مختار الدروس اشكال بين قدمناه وهو وجوب الزيادة في الفداء
للمالك يقتضي وجوب الزائد في الحرم على المحرم له ايضا وقد مال بالاخرة الى عدم الفرق بين الحرمي وغيره والذي
يقتضيه النظر ان الصيد المملوك يجب قيمته السوقية للمالك على الجاني وكذا على الغاصب والقابض بالسوم بل
المستودع والمستاجر ونحوهما مع الاحرام اذا تلف لتحريم الذبح ولو كان في الحرم فالمنصوص الحكم في القماري والد باسي
والمتعلق بها الحكم بالكفارة مع الجناية لا مطلقا الا في المحرم على وجه قد سبق رده وح فما اوجبه النص من الفداء
او القيمة الشرعية باعتبار الاحرام او الحرم او هما معا لاجتماع الاحرام والحرم حيث يكون القيمة منصوصة ومما لا
نص فيه الجزاء تضاعفا كله يكون على الحكم المقرر من وجوب الصدقة ومع العجز الصيام يدل على ذلك مع ما سبق

ان الاسباب اذا اجتمعت ويجب تعدد مسبباتها وجميع انواع الصيد ومنافعهما واجزائهما في هذا الحكم سواء النقص
الظاهر انه على الجاني وان كان لا مرجع له لبطلان ضياع حق المالك لو نقص الفداء عن القيمة السوقية ويحتمل ان
يكون على المالك بمعنى سقوطه اقتصارا على الفداء ولانه كما يستحق الزيادة يذهب عليه النقص ويتكرر الكفارة
بتكرر القتل سهوا وعمدا على الاقوى للخلاف في التكرر عمدا والنص الصحيح الصريح يدل على العدم وكذا ظاهر القران
وهو الاقوى ولو اشترى محل بيض نعام لمحرم فاكله فعلى المحرم عن كل بيضة شاة وعلى المحل عن كل بيضة
درهم الظاهر انه لا فرق بين كون المشتري في الحل او الحرم لاطلاق النص ولا استبعاد في ترتب الحكم بذلك على المحل
في الحل لان المساعدة على المعصية لما كانت معصية لم يمتنع ان يترتب عليه الكفارة كما سياتي في المحل اذا اعقل المحرم
ولا اشكل بانه لو اشترك المحل والمحرم في قتل الصيد لم يضمن لوجهين آ انه لا معونة هناك ب انه لا يلزم من انتفاء الحكم
في موضع وجود النص لان القول بالقياس والتصرف في الشرعيات بالراي عندنا باطل ولا بد من تقييد المسئلة
بان لا يكسره المحرم بان يشتريه المحل مطبوخا او مكسورا او يطبخه او يكسره هو فلو تولى كسره المحرم فعليه الارسال
وليس ببعيد الحاق الطبخ بالكسر لمشاركته اياه في منع الاستعداد للفرخ ولو اشتراه المحرم لنفسه مطبوخا مثلا فاكله
ففي وجوب الدرهم عليه مع الشاة نظر ولو اشتراه لمحرم آخر فعلى كل منهما شاة وروي ان كل من وجب
عليه شاة في كفارة الصيد وعجز فعليه اطعام عشرة مساكين فان عجز صام ثلاثة ايام في الحج هي رواية معوية بن
عمار والعمل عليها قيل انه لا تقييد فيها بكون الحكم بذلك في الصيد وجوابه انها سيقت لاحكام الصيد ويضاعف
ما لا دم فيه كالعصفور بتضعيف القيمة الظاهر ان المراد بالقيمة هنا في هذا الفرد الخاص الشرعية لان في العصفور مدا
من طعام ويبعد ان يريد تضاعف القيمة السوقية فيه مع وجود النص فيه وما يلزم المحرم في غير كفارة الصيد
يجزيه بمنى ولو امر المحرم مملوكه بقتل الصيد الى قوله الا ان يكون محلا في الحل على اشكال الظاهر الضمان وان كان
العبد محلا في الحل لان الدال ضامن فالامر بطريق اولى من جامع زوجته عامدا عالما بالتحريم قبل الوقوف
بالمشعر وان وقف بعرفة فسد حجه لا خلاف في الافساد اذا وقع ذلك قبل الموقفين معا ولو وقف بعرفة خاصة
ثم جامع ففي الافساد به قولان اصحهما الافساد وسواء كان الحج فرضا او نفلا مما يدل على ان الفاسدة هي حجة الاسلام
انه لولا ذلك لم يجب القضاء في هذه الصورة الخاصة اعني لو كان مندوبا لان المندوب لا يقضى والفاسدة هي العقوبة
وان قيل قد امر الشارع بالقضاء فكذلك وجب قلنا لم يعين القضاء لان يكون ندبا فوجب ان يكون العقوبة محافظة
على قاصدة ان المندوب لا قضاء له ولو استمنى بيده من غير جماع فالاقرب البدنة خاصة ليس في الحديث التقييد
باليد وانما المسئول عنه فيه محرم عبث بذكره الا ان المتبادر منه العابث بيده ولا يلزم من الحديث ان يكون قاصدا
الى الامناء وان كان المفهوم من الاستمناء في العبارة ذلك ولا ريب ان وجوب الكفارة والاتمام والحج من قابل كما في الجماع

الاستمتاع بالنساء

في الفرج

في الفرخ قوي للرواية الحسنة وليس في مقابلها شيء يقتضي منه التحليل بها والوجه شمول الزوجة للمتمتع بها لا الظاهر
للتردد في هذا الحكم وجه لان النصوص فيها اتى اهله امرأته والمستمتع بها اهله وامرأته قطعا والشمول هو المحتاط
وامته كزوجته لشمول اطلاقات النصوص لها والاقرب شمول الحكم للاجنبية بزنا او شبهة والغلام هذا
اصح لان ذلك افحش فهو انسب بالتغليظ والعقوبة والبق بطريقة الاحتياط وعليه بدنة لو جامع زوجته
مع الوصفين بعد المشعر وان كان قبل التحلل ينبغي ان يكون تقدير العبارة لا فسد حجه وان كان قبل
التحلل لان وجوب البدنة عليه فيما اذا كان الوطء قبل التحلل اقوى واظهر مما اذا كان بعده وفائدة العطف
بان الوصلية عطف الفرد الاخفى لدفع الوهم وتاكيد الحكم وينبغي ان يراد بالتحلل الاول او الاعم منه ومن الثاني
لانه بعد الثالث لا يجب عليه شيء اصلا او كان قد طاف من طواف النساء ثلاثة اشواط اي وان كان
قد طاف الحج والمعنى عليه بدنة لو جامع زوجته مع الوصف بعد المشعر وان كان قد طاف من طواف النساء
ثلاثة اشواط ولا ريب ان هذا يغني عما قبله فيكون مستدركا لاندراج ما قبله فيه الا ان يقال اراد بقوله قبل
التحلل التنبيه على عدم فساد الحج بذلك وكان ينبغي ان يعتبر ما دون اربعة اشواط لاشتراك ذلك كله في الحكم
او جامع زوجته في غير الفرجين وان كان قبل المشعر ان انزل فوجوب البدنة ظاهر وان لم ينزل ففيه
تردد وظاهر الرواية الوجوب مطلقا واليه ذهب في التحرير وعليهما ان يفترقا اذا وصلا في القضاء
موضع الخطيئة الى ان يقضيا المناسك هذا اذا حجا على تلك الطريق وكذا يجب عليهما الافتراق في الحج الفاسد
من حين الخطيئة الى آخر المناسك ومستند الجميع النصوص بمعنى عدم انفرادهما عن ثالث محترم للرواية ابه
الدالة على ذلك والمراد بالثالث المحترم الذي يحترمانه في ان يصدر منهما خطيئة لا نحو الصبي الذي لا يميز وحكمة
اجراء الشيطان عليهما فلا يؤمن عليهما الا الانفراد ولو جامع امته المحرمة باذنه الى ان قال فان عجز فشاة
او صيام المراد صيام ثلاثة ايام على الظاهر وليس في الرواية تصريح به لكن قد علم غير مرة ان بدل الشاة
من الصيام ثلاثة ايام ولو جامع زوجته المحرمة الى قوله ولا شيء عليه اي من كفارة وغيرها نعم عليه الاثم
لمساعدته على المحرم لو اكرهها فعليه بدنة على اشكال لا شيء عليه على الاصح ولو كان الغلام محرما ففي الحاق ق
الاحكام به اشكال الحاقها غير بعيد بناء على تعلق الكفارة بفعل موجبها لا بمعنى تعلق الوجوب والحكم به
والمانع تعلقان بوليه ولو جامع المحرم قبل طواف الزيارة فبدنة فان عجز فبقرة او شاة المعروف ان الشاة
مرتبة على البقرة ولا يكاد يوجد لهذا الحكم في النصوص شاهد والمال الذي في رواية معوية بن عمار وجوب جزور
ولو كان بعد خمسة فلا شيء والاصح ان الاربعة كالخمسة في عدم وجوب الكفارة خلافا لابن ادريس
ولو جامع في احرام العمرة المفردة او المتمتع بها على اشكال لا يظهر لهذا الاشكال موضع لان وجوب الاحكام

في ذلك ويلوح من تعليل الحكم في بعض العبارات ان الازالة مطلقاً كالنتف ولو ازال بعض شعر الابط لم يبعد الحاقه
بالابط لان ازالة الشعر مطلقاً محرمة وحتمها وجوب الدم الا ان ما يجري للابط جميعه يجري لبعضه بطريق
اولى وفي تغطية الراس بثوب او طين ساتر او بارتماس ماء او حمل ساتر شاة او افاضة الماء لا يعد ساتراً
فلا يحرم وكذا تلبيد الشعر بالغسل والصمغ اتفاقاً وكذا ستره باليد قاله في المنتهى وبه رواية بالجواز واخرى
بعدمه فيمكن حملها على الكراهة جمعاً بينهما ويؤيده ان وضع اليد للمسح في الوضوء لا بد منه فلو حرم الستر بها
حرم ولو وضع على راسه ما ظلله مع التغطية لم يبعد وجوب كفارتين وكذا في التظليل سائراً اي فيه
شاة واطلاق هذا مشكل لانه يقتضي وجوب الكفارة بمسمى التظليل ومقتضاه تعددها بتعدده او انه كستر
الراس في وجوب الكفارة بتعدده اذا تغاير الوقت فان الظاهر ان الستر لاحق باللبس وللاصحاب في كفارة
الاستظلال اقوال مد لكل يوم وشاة لكل نسك الا عمرة التمتع وحجه فان فيهما شاتين على قول وقيل شاة لارتباط
احدهما بالاخر والاول اظهر لتحقق الاحلال والدخول في احرام جديد ولرواية علي بن راشد وهو مختار الشيخ
واختار المص في المنتهى وجوب دم واحد وظاهرهم ان الدم الواحد يجب لمطلق الاستظلال وان قل وكثر
كما لو كثر ذلك في احرام نسك كما قلناه فلا يكون تكرره على نحو غيره من المحرمات ولا شيء لو غطاه بيده او شعره
ظاهره عدم التحريم وانتفاء الكفارة وقد عرفت الحكم في اليد واجزاء الشعر مجراها في ذلك غير بعيد وفي الجدال
ثلث مرات صادقاً شاة ولو زاد على الثلاث ولم يسبق التكفير عن الثلث ففي الجميع شاة لقوله عليه السلم اذا جادل فوق
مرتين فعلى المصيب دم يهريقه شاة وعلى المخطي بقرة وفي رواية ابي بصير ان على من جادل بالجدال كاذباً عمداً
والجمع بما ذكره الاصحاب من وجوب البدنة في الثلث كاذباً ويفهم من الرواية الاولى وجوب البدنة في الثلاث كاذباً وكذا
ما زاد على الثلاث واطلاق الرواية الاخرى يشمله وهذا اذا لم يكفر عن الثلث فان كفر ففيما ياتي به بعد ذلك
مقتضاه وفي قلع الشجرة الكبيرة في الحرم بقرة وان كان محلاً وفي الصغيرة شاة هذا هو المشهور ومقتضاه
عدم الفرق بين المحل والمحرم في ذلك وهو ظاهر لان المقتضي حرمة الحرم وفي ابعاضها قيمة ويضمن قيمة
الحشيش لو قلعه اذ لا نص في ذلك على مقدر وهو حرام فيكون مضموناً بقيمة السوقية والظاهر انه لا فرق
في قلع الحشيش بين ان يكون يابساً او اخضر كما اختاره المص في المنتهى والتذكرة اما قطع اليابس فلا شيء وكذا
قطع الشجر اليابسة والغصن المنكسر الذي لا يرجى عوده ولو قلع شجرة منه وغرسها في غيره اعادها احترم
بعينها او غرسها في الحرم فنبتت فلا شيء اصلاً ولو جفت قبل نقلها ولا كفارة لا فرق في جفافها بين ان يكون بعد اخراجها
الى خارج الحرم وغرسها او بعد غرسها فيه وان كان الذي في العبارة هو الاول واعلم ان مقتضى قوله قبل ضمنها تردده
في القول بالضمان وجزمه بعد ذلك بنفي الكفارة يقتضي الفرق بين ضمان الشجرة وكفارتها اذ لو كان ضمانها عبارة

عن الكفارة

عن الكفارة للحرم بنفسها يقتضي الجزم بنفيه فتنتافي العبارة ولا نعرف القائل بوجوب الضمان في هذه الصورة الخاصة
من دون الكفارة والعجب ان الشارح الفاضل حكى القول بالضمان واستدل له ثم استدل على نفي الكفارة بعدم النص
والقائل به وهذا عجيب لان القلع موجب للكفارة عند اكثر الاصحاب وقد صرح به قبل ذلك والمسقط لها عودها
بعد العرس والغرض انها لم تعد فكيف تسقط بغير مسقط فان قيل المراد لا كفارة للجفاف سوى كفارة القلع
قلنا ولا ضمان ح خارجا عن كفارة القلع اتفاقا فكيف يحكيه قولا والاصح انه بالقلع يجب عليه الكفارة وتسقط
لو اعادها الى الحرم فنبتت او نبت في موضع آخر منه وان جفت فالكفارة بحالها وبذلك صرح في الدروس
وفي قلع الضرس شاة والرواية مقطوعة وظاهر كلام المص في المنتهى انه مع الحاجة المجوزة لا شيء عليه ولتشهد له
رواية الحسن الصيقل وهل السن كالضرس يحتمله   ويحرم اكل ما فيه طيب من الادهان الى قوله ولا يجوز
الادهان به ولو فعل ذلك اختيارا او مضطرا فهل يجب الكفارة قال الشيخ لست اعرف به نصا والاصل برائة الذمة مد
واختاره المص في المنتهى   لا كفارة على الجاهل والناسي والمجنون الح لم يذكر الصبي فظاهر انه ليس كالمجنون
وهو مقتضى كلامه السابق حيث قال ولو كان الغلام محرما فطاوع ففي الحاق الاحكام به اشكال   ولو تعدد
الحلق تعددت الكفارة ان تغاير الوقت والاولى المراد من تغايره اختلافه عرفا قال في التحرير كان يحلق بعض
راسه غدوة وبعضه عشية وجبت فديتان ومستند ذلك صدق التعدد العرفي فالمرجع في التعدد الى العرف
الا الصيد فان الكفارة يجب على الساهي والمجنون   وكل محرم اكل او لبس ما لا يحل له لبسه واكله فعليه شاة
لا شبهة في هذا الحكم لكن هل يتكرر كلما كرره لا ريب ان الاكل للصيد يتكرر لما سبق وان كان لشيء من الطيب او تطيب
به وان لم ياكله فظاهر عبارات الاصحاب اعتبار تراخي الزمان عادة كساعة ثم ساعة اخرى كذا في عبارة الشيخ ويظهر
من الدروس اختياره واعتبر ابن سعيد من الثياب ولا وفي المنتهى تغاير المجلس قال في الدروس ويتبع
في اللبس النهاية في رواية محمد بن مسلم عن الباقر عم ان لكل صنف من الثياب فداء وفي المنتهى لو لبس قميصا
وعمامة وسراويل وجب عليه لكل واحد فدية وهو مقتضى رواية محمد بن مسلم السالفة وليس ببعيد فعلى هذا
يقال لكل صنف كفارة ومع الاتحاد تعتبر اتحاد الوقت واختلافه اعتبارا لصدق اسم التعدد عرفا اما الفم فيعتبر
فيه اتحاد المجلس واختلافه للنص   ويكره القعود عند العطار المباشر للطيب الى قوله اذا قصد ذلك وقد
يشهد ان اذا قصد القعود عند هذا الشخص بخصوصه فلو قصده بالقعود امرا آخر لم يكره ولو شم الطيب حرم
فيجب القبض على الانف او ترك القعود   ولو كان اقل تصدق بشيء كحلق شعره فيتصدق بكف من طعام ونحوه
ولو اذن للمحلوق لزمه الفداء مفهومه انه لو لم ياذن لم يلزمه شيء ويشكل فيما لو مكن من نفسه حتى حلق راسه وهو لا
يبعد ان يجعل الاذن الفعلي كالقولي لان من ترك شخصا يحلق راسه وهو عالم بذلك ومتمكن من دفعه يقال له

وهو ظاهر الوجه مع السابق ولا يخفى انه يحكى عن ... يجب لما يفعل بعد الكفارة الاخرى

كتاب الجهاد

حالق لغة وعرفا ولو البس مخيطا او جرح ما لا يحرم ستره من غيره باذن مع قدرته على الدفع لشبه ان يكون
كذلك فلو توشح به فلا كفارة على اشكال لسميته ذلك لبسا مشكل والاحوط التحريم الجهاد الجهاد فعال
وهي في اللغة اما من الجهد بالفتح وهو التعب والمشقة او من الجهد بالضم وهو الطاقة وفي الشرع كذلك لكن في
قتال الكفار ومن جرى مجراهم لاعلاء كلمة الاسلام ويرد عليه قتال الكفار للامر بالمعروف فانه اعلاء الكلمة الاسلام
الا ان يراد باعلاء كلمة الاسلام الاقرار بالشهادة فيخرج عنه جهاد بغي البغاة وهي واجب في كل سنة مرة الا
لضرورة فمع الضرورة قد لا يجب في السنة اصلا وقد يجب اكثر من مرة والمستند النص والاجماع
ويراعي الامام النصفة في المناوبة بين الناس اي حقه وشانه ذلك او يجب عليه مراعاة النصفة ولا يحيف فيه لانه مكلف
ولان حكم الامام يشمل نائبه وهو كل امر ديني يتعلق غرض الشرع بحصوله ولا يقصد عينا من يتولاه مرجح الضمير
الفرض الكفائي لا التعريف المصطلح ولو قال وهي لكان اظهر وبالقيد الاخير يخرج الواجب العيني وفي التقييد
بقولهم ديني مناقشة لان الصناعات المهمة من المهمات الدنيوية وهي واجبة على الكفاية كما سياتي في كلامه وان
كانت قد ترجع بالاخرة الى المهمات الدينية باعتبار كونها وسيلة اليها ومن جملته اقامة الحجج العلمية
المراد بها حجج العلوم الاسلامية على سبيل العموم فان جملتها واجبة على الكفاية وان كان فيها ما يجب على الاعيان
كحجج اصول الاعتقاد ودفع الشبهات هي جمع شبهة وهي قياس فاسد اما في مادته او في صورته او فيهما
سميت شبهة لانها تشبه الحق ولا ريب ان بلوغ مرتبة يتمكن المكلف معها من دفع شبهة الضالين واجب على الكفاية
حذرا من تطرق الخلل بالشبهة في الاعتقاديات وحل المشكلات اي الامور المشكلة على المكلفين فيما يجب
عليهم معرفته او يضطرون اليه وههنا كلام وهو ان الواجب في الدليل على اصول الاعتقاد ان يكون مثمر اليقين
وانما يثمره البرهان ودلائل الكلام اكثرها اقناعية لا يثمر اليقين فكيف يكلف بها بما لا يحصل عن دلائلها وجوابه
ان المثمر لليقين باللزوم هو البرهان خاصة دون غيره من الدلائل لكن قد يثمر غيره اليقين بضميمة امر خارجي
كاقناعي اخر فانه اذا انضم اقناعي الى اخر ربما اثمر اليقين ولا يمتنع ذلك كما في الخبر المتواتر فانه يفيد العلم
مع انه انما يتحقق عن اخبارات متعددة كل واحد منها ظني بانفراده ولما لم يكن هذا بطريق اللزوم لم يكن مطردا
فمتى اثمر اليقين الذي لا يزول بتشكيك المشكك حصل الواجب ثم ان من حصل له هذا قد يعجز عن رد الشبهة
فيجب على الكفاية كون المكلف بهذه المرتبة والامر بالمعروف النهي عن المنكر داخل فيه لان كل ما يعد
منكرا فتركه معروف والامر والنهي متعاكسان ودفع الضرر عن المسلمين في كون دفع كل ضرر عن
المسلمين واجبا كفائيا نظر بل ينبغي قصر ذلك على ضرر مخصوص وهذا اذا لم يكن دفعه بضرر اخر فانه لا
يجب لان الضرر لا يزال بالضرر وازالة فاقتهم هو من عطف الخاص على العام كالطعام الجائعين

وهذا في الحقيقة كلام على قوله الا انما ... التعريف الاول لو اراد بيان ضابط الفرض الكفائي ... الواجب الكفائي

المراد

المراد به الجوع الذي بالطبع على النفس او على العضو او يبلغ في الجهد الى مرتبة لا يتحمل مثلها عادة   واغاثة
المستغيثين في النايبات يمكن ان يكون المراد الاغاثة بالعين المهملة والثوب وان يكون بالعين المعجمة والثاء المثلثة
على ذوي البياد الظاهر ارتباطه بجميع ما قبله من قوله ودفع المضار الخ   ولا مريض يعجز عن الركوب والعدو
اي يعجز بهما معًا ولو بالعجز عن واحد لان قدرته على الركوب لا يفيد اذ قد يصير ماشيًا لقتل دابته ونحو
ذلك فيصير ماشيًا ويحتاج الى العدو   ولا العبد ان العتق بعضه او امره سيده اذ لا حق له في زوجه
يمكن ان يكون قوله اذ لا حق له الخ تعليلًا لعدم وجوبه على العبد ويكون قوله وان العتق بعضه او امره
سيده معللين بامر آخر وهو ان استحقاق السيد باق مع استحقاق البعض حاصل وامر السيد لا يقتضي
شغل الذمة بالتكليفات الشرعية والمالم حق الاستخدام حاصل ويمكن ان يكون تعليلًا لقوله او امره سيده
اي فلا يجب عليه بامره اذ لا حق للسيد في زوجه والاول اولى واظهر لان ربطه باول الكلام الذي هو المسوق
بالذات اولى   ولا يجب على العبد عن سيده عند الخوف اي اذا خاف العبد على نفسه لا يجب عليه الذب عن سيده
لان ذلك ليس من الخدمة الواجبة واما اذا لم يخف فانه يجب لوجوب دفع الضرر وينبغي تقييد ذلك بما اذا لم يكن
سيده كافرًا غير محقوق الدم   ولا الزمن كالمقعد   ويختلف بحسب
الاحوال والاشخاص يمكن ان يكون المراد ويختلف الفقر المانع بحسب اختلاف الاحوال والاشخاص فكم من
شخص يعد فقيرًا باعتبار وآخر بذلك الاعتبار لا يعد فقيرًا ورب حالة لا يمنع فيها الفقر من الجهاد كمن
يجاهد في بلده حيث لا يلزم فوات حرفته ونحوها ويمكن ان يكون الضمير راجعًا الى كل من الفقر والمرض
فان قوله ولا المريض المراد به عدم وجوب الجهاد على المريض الذي يعجز عن الركوب والعدو وهذا المانع في
حق من يحتاج الى تردد او لا يطيق المصابرة فان لم يحتج الى ذلك واطاق المصابرة وجب عليه وكذا القول
في الفقر   والمدين المعسر فقير اي فيعلم حكمه من حكم الفقير   وليس لصاحب الدين منعه لو اراده وان
كان حالًا وقيل له منعه لان في الجهاد ذهاب نفسه وهو ضعيف   وكذا الموسر قبل الاجل على الاصح ولبعض
العامة تفصيل وهو ان كان الاجل يحل قبل عوده فله المنع والا فلا وفي هذا التفصيل ظهور اذا علم ذلك بحسب العادة
ويجري ذلك في جميع الاسفار ولا اعلم به قايلًا من الاصحاب   وللابوين المنع بشرط كونهما مسلمين عاقلين
وهل يشترط كونهما حرين فيه وجهان وحكم احدهما حكمهما   وفي الجدين نظر اي الجد والجدة فهو من تثنية
التغليب كالابوين ويحتمل ان يراد جد الاب وجد الام والاول اولى والاصح انه لا منع لهما تمسكًا بالاصل وبعموم
دلايل الجهاد   او نايبه المراد نايبه المنصوب بخصوصه حال ظهور الامام وتمكنه لا مطلقًا   والمانعين
بتعيين الامام والنايب لمصلحة او لعجز القايمين عن الدفع ظاهره ان المراد ان يعين الامام اما للمصلحة

او للعجز وبرد عليه ان تعيين الامام تعيين للمصلحة فالاولى ان يكون المراد يتعين بامور منها تعيين الامام ومنها
عجز القايمين ومنها النذر الخ والمراد انه يتعين على المكلف بحيث يصير واجبا عينيا بهذه الامور وهذا التعيين
بالعارض فان الواجب الكفايي بالذات قد يتعين بالعارض   او بالخوف على نفسه مطلقا اى ويتعين الجهاد د
بخوف المكلف على نفسه مطلقا اى سوا كانت الاسباب المذكورة ام لا فيكون هذا استثناء آخر مستقلا واعلم ان
تقييد المص بالخوف على نفسه يشعر بان الخوف على المال ليس كذلك وفى عبارة الشيخ تقييد العدو الذى وهم اهل
الحرب بكونه كافرا فعلى هذا لو دهم المسلمون فليس له المدافعة وعبارة التحرير مثل عبارة الشيخ وكذا المنتهى والرواية
مشعرة به لان فيها جواز المدافعة لاجل المال ولا يجوز ذلك اذا كان كان العدو الذى دهم المشركين هم المسلمين
ويقصد بمساعدتهم الدفع عن نفسه اى يجب ذلك   ولا يكون جهادا فلا يسقط عنه احكام الغسل والتكفين
لو قتل ولا يحرم عليه الفوار ح وفى العبارة التنافى لانه ذكر ان الجهاد يتعين بهذه الامور ثم قال لا يكون جهادا
والمخلص عن العبد الخ وكذا القول فى المراة بطريق اولى   ويستحب للعاجز الموسر الاستيجار له على راى اذا
نفر الناس الى الجهاد وهناك عاجز موسر وفقير قادر فهل يجب على الموسر الاستيجار لذلك النفر على الكفاية
ان لم يتوقف الدفع عليه وعينا ان توقف ولم يستطع من دون بذل الاهبة فيه قولان الاصح الوجوب لظاهر قوله تع
وجاهدوا باموالكم وانفسكم وقوله عم لا يسقط الميسور بالمعسور اذا امرتكم بشيء فاتوا منه ما استطعتم وقوله تعـ
ليس على الضعفاء الى قوله ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج محمول على نفي الحرج عن جهاده بنفسه لكثرة الادلة مر
الدالة على الوجوب وعبارة المختلف تدل على الوجوب اذا كان محتاجا عليه وعدمه مع عدم الحاجة وهو مشكل فان
الوجوب كفايي والدليل جار فيه ايضا   ويجوز للقادر اى الاستيجار ولو تجدد العذر الذى هو العمى والزمن
والمرض والفقر بعد الشروع فى القتال لم يسقط على اشكال ينشا من الامر بالثبات ح ومن عموم ترخيص المعذور
والاصح السقوط الا ان يلزم فى المسلمين انكسار وتخاذل فلا يسقط ح   ولو عجز سقط اى لو عجز عن القتال
اصلا وراسا مع العذر المذكور سقط قطعا لامتناع التكليف بغير الوسع   ولو بذل للفقير حاجته وجب
ان قبل البذل او كان على وجه لازم كالنذر والا فيشكل الوجوب لانه واجب مشروط فلا يجب تحصيل شرطه كالحج
ويحرم المقام فى بلاد الشرك على من يضعف عن اظهار شعاير الاسلام مع القدرة على المهاجرة المقام بضم الميم
الاقامة والاصل فى ذلك قوله تع ان الذين توفيهم الملائكة الاية وقوله عليه السلم لا هجرة بعد الفتح اما ان يراد لا هجرة من
مكة لانها بلد الاسلام ح او لا هجرة ثوابها كثواب ما قبل الفتح ويعلم من العبارة ان من لا يضعف عن اظهار شعاير الاسلام
او لا يقدر على المهاجرة لا يجب عليه وهل يجب الخروج من البلاد التى يعجز فيها عن اظهار شعاير الايمان نقل عن
شيخنا الشهيد ذلك وهو حسن لكن الظاهر ان هذا انما يكون حيث يكون الامام عليه السلم موجودا وترتفع التقية

بالحج

المقصد الثاني فيمن يجب قتاله

بالجملة امامه غيبته وبقاء التقية فذا الحكم غير ظاهر لان جميع البلاد لا يظهر فيها شعار الاسلام ولا يكون انقادها الا بالمسابرة وان تفاوتت في ذلك ولا يجب ان يوخذ نفسه بالكفاية لو كان المناجز الامام وجب قطعا ولبس ببعيد الوجوب مع الاحتياج اليه بحيث يلزم غلبة الكفار على المسلمين بدونه خصوصا اذا وطئوا بلاد الاسلام وهو الاقامة بالثغر كل موضع يخاف منه يقال له ثغر عليه الوفاء سواء كان الامام ظاهرا او مستورا هذا هو الاصح لعموم الامر بالوفاء بالنذر وهي فعل مستحب مطلقا وقيل ان كان الامام مستورا ولا يخاف الشنعة لو تركها لا يجب عليه ولو نذر للمرابطين شيئا والحالة هذه صرفه في وجوه البر والرواية لا تنهض حجة على ذلك والاصح وجوب الوفاء مطلقا وكذا لو استوجر اي للمرابط وقيل يجب رد العوض مع غيبة الامام على المالك فان لم يكن فعلى الوارث فان لم يكن وفاها وهو ضعيف ويكره نقل الاهل والذرية اليها يخاف منا استيلاء الكفار عليهم اما كفهم او لنقلهم الى الاسلام قيل يمكن ان يكون لفا ونشرا غير مرتب على انه يكون كفهم للبغاة ولنقلهم الى الاسلام للقسمين الاخرين لان البغاة مسلمون وانما يطلب كفهم عن الخروج على طاعة الامام وفيه شيء لان البغاة عندنا كفار مرتدون فان قيل فكيف قبل امير المؤمنين عليه السلام توبة من تاب من الخوارج مع ان المرتد لا يقبل توبته عندنا يمكن ان يكون الشبهة عذرا في قبول التوبة وقيل دفعهما الذي ينبغي تعلق الحكمين بالاقسام الثلاثة فانه يطلب نقل كل منهم الى الاسلام مع التمكن منه والا فيطلب كفهم عن المسلمين ولا فرق بين ان يكون الوثني ومن في معناه عربيا او عجميا قال بعض العامة الوثني مشركو قريش التزام احكام المسلمين لان الصغار في الآية مفسر بذلك على الاصح وفي معناه ترك قتال المسلمين ان في معنى التزام احكام المسلمين من حيث انه صغار ويحتمل ان يكون المراد في معنى العقد اذ هو مقتضاه باعتبار انه يقتضي الامان وهو ينافي القتال وكذا ينافي معاونة المشركين على المسلمين وهذه الستة ان شرطت في عقد الذمة انتقض العهد بمخالفة احدها والا فلا لعموم قوله عم المسلمون عند شروطهم ولان عقد الذمة يكفي فيه الاولان فان مانع بالقتال نقض عهده بدليله وان لم يشترط في العقد ما فيه غضاضة على المسلمين وهو ذكره بلم الخ ظاهره ان الغضاضة بهذا القسم دون القسم الآخر وليس كذلك وانما وجب القتل بهذا القسم وان لم يشترط لانه لو فعل ذلك مسلم او غيره استحق به القتل او ذكر دينه او كتابه اي دين النبي صلى الله عليه وآله وكتابه عم وانما اعتبر في هذا التفصيل لما ذكر في الاقسام الستة وروى اصحابنا انه ينقض العهد ظاهره ان الرواية واردة بنقض العهد مطلقا والذي يظهر منها النقض مع الشرط وكيف كان فالاصح النقض به معه لا بدونه فان خالفوا لم ينتقض العهد وان شرط هذا قول الشيخ والمتجه النقض به مع الشرط واختاره المص في التحرير لعموم المسلمين عند شروطهم ثم تخير الامام بين القتل والاسترقاق الخ قيل وبين الرد الى المامن وهو قول الشيخ ويضعف بانتفاء

الشبهة لو فعل واحد من الكفار شيئا من ذلك جاهلا فالذي ينبغي ان لا يترتب عليه نقض العقد للشبهة
وينبغي للامام ان يشترط للعقد هذا على طريق الاستحباب ويجعل لغيره حرفة في عمامته ولكن صغرا
اذا كان يهوديا وزرقا اذا كان نصرانيا وبحمرة المجوس بما بين السواد والزرقة كذا في حواشي الشهيد اى
يختم في رقبته خاتم رصاص وحديد اى يجعل علامة له الخاتم في عنقه من احد هذين ويمكن ان يكون المراد
ربط الخاتم بهما في العنق بشئ او يكون ذلك كناية عن الطوق للعنق واما الكنى فلا يكنوا بكنى المسلمين كابى
القاسم وابى عبد الله ولا يمنعون من الكنى مطلقا لان النبى صلى الله عليه وآله قال للاسقف اسلم ابا الحرث
وينبغي ان يبدأ بقتال الاقرب ثم الاقرب لقوله تعالى قاتلوا الذين يلونكم من الكفار وهو للوجوب فيكون قوله ينبغي
مرادا به الوجوب وكذا لو كان الاقرب مهادنا اى لا ضرر فيه الى محاسن الاسلام هي الشهادتان والتزام
احكام الاسلام وتسوية الامة للحرب هي بالامرة والدرع او متحيزا الى فئة يستنجد بها في القتال ولو كان مراده
ان يجيزها فعموم الآية يتناوله والذي في كلام الاصحاب هو الاستنجاد بشرط صلاحيتها للاستنجاد على اشكال
المتبادر من اشتراط الصلاحية للاستنجاد ان لا يكونوا مرضى ولا زمنى ونحو ذلك فان كان هذا هو المراد ضعف
الاشكال لان من كان بهذه الحالة لا نفع فيه بحسب العادة وهو كساير ما لا غنا عنه فجواز التحيز اليه بعيد هذا
ويمكن ان يراد بالصلاحية كونهم بحيث يرجى حصول الظفر بهم عادة الا انه يبعد اشتراط ذلك ايضا فان
مطلق المدد كاف في جواز الاستنجاد والظاهر انه يجوز الاستنجاد بكل من يرجى منه دفاع ومدد مطلقا
لاطلاق الآية ولا يتقيد الحكم بغير ذلك اما من لا نفع فيه بحسب العادة كالزمنى فلا يجوز التحيز اليه قريبة اى
بعيدة على اشكال اذ بعدت بحيث يخرج بالتحيز اليها عن كونه مقاتلا لم يجز والا جاز لاطلاق الآية فان بذلك عن
القتال مع الفئة البعيدة فالوجه الجواز مع عدم التعيين اى اذا اراد ترك القتال بعد الخروج الى الفئة والانفصال
عن الجيش الذي كان فيه الخ والاصح عدم الجواز لانحصار الجواز في التحرف والتحيز لا في ترك القتال ولوجوب
التحيز اليها باعتبار كونه احد الامرين الواجبين من القتال مع الجيش والتحيز الى الفئة والاصل بقاء الوجوب
ولا يشارك فيما غنم بعد مفارقته هذا اذا كانت الفئة التي يتحيز اليها بعيدة بدليل قوله وكذا يشارك مع الفئة
وبه صرح في التذكرة وفي حاشية الشهيد ان الفئة ان كانت من العسكر شارك والا لم يجز التحيز اليها وقد عرفت
مما تقدم ان البعد ان خرج به عن كونه مقاتلا منع التحيز والا فلا فيبنى عليه ما هنا ويكون ح مشاركا اذا جاز
التحيز مطلقا لان جواز التحيز اليها منوط بصلاحيتها للاستنجاد ومتى خرجت بكثرة البعد عن الصلاحية لم
يجز التحيز معه بقاء الصلاحية هي كسرة الجيش وفي جواز انهزام ما يبطل عن ما في ضعيف واحد
نظر ينشأ من صلاحية العدد والمعنى لا نظر الى المعنى مع وجود الدلائل الدالة على اعتبار العدد من غير

وينهون نقلد السيوف اى لبسها لانها في الاصل كانت تقلد حمائلها في العنق

ب
وكيفية القتال

تقييد والاصح جواز الانهزام ح فيكون قوله والاقرب المنع خلاف المفتى به وقوله ان العدد معتبر مع تقارب الاوصاف ف
دعوى تقييد لاطلاق النصوص بغير حجة معتبرة فيجوز هرب مائة ضعيف من المسلمين من مائة بطل
مع ظن العجز على راى أى اذ كان اعتبار العدد انما هو مع تقارب الاوصاف ينبنى عليه جواز ما ذكر وقد عرفت
ان اعتبار ذلك منظور فيه ولكن يجوز الذب هاهنا بدليل آخر وهو قوله تع ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة فيكون ما
ذكره من التفريع غير واضح ولو انفرد اثنان بواحد من المسلمين لم يجب الثبات على راى الوجوب قوى للرواية
ويجب مواراة الشهيد دون الحربى بل الكافر مطلقا ولو كان ذميا وكذا المولفة فان اشتبها فليوار من
كان كميش الذكر اى صغيره وهذا هو الاصح فيجوز النظر الى العورة ح والحصار
والقاء النار على راى يحرم ان امكن الفتح بدونه الا مع الحاجة لو اخر الاستثناء عن الفتح
والختى لكان احسن والكبير ان كان ذا راى او قتال هذا بمنزلة التقييد ولا الشيخ الفانى لان كونه فانيا لا يخرجه
عن كونه ذا راى ولو كانوا يدفعون عن انفسهم اى الكفار بان يكون المسلمون قد قصدوهم بخلاف ما لو قصد
الكفار المسلمين بالحرب واحتمل الحال تركهم اى لم يكن على المسلمين ضرر بالترك فالاقرب جواز رمى الترس
غير المسلم هذا هو الاصح ووجه القرب ان اولاد الكفار ونساؤهم وان منع من قتلهم الا انهم يتبعون هؤلاء وليس
لهم حرمة فيجوز عند الحاجة دفعهم ولانهم ربما اتخذوا ذلك عادة فيمتنع الوصول اليهم ولفعل النبى صلى الله عليه وآله
بالطائف حيث رماهم بالمنجنيق وفيهم الاطفال والنساء اما المسلم فيجب الاحتياط فى دمه ويجب القود
والكفارة هى كفارة الجمع لانه قتل عمدا عدوانا ولو لم يمكن التحرز فلا قود ولا دية وتجب الكفارة هى كفارة واحدة
لظاهر قوله تع فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وكما انها دليل على ذلك فهى دليل على عدم وجوب
القود والدية ويعرقب الدابة وان وقفت به اى يكره للمسلم ان يعرقب دابته بدليل قوله وان وقفت به ومرجع
الضمير مدلول عليه بالمصلى وهو يعرقب والحكم بذلك اما الكراهة فلثبوت النهى عن ذلك اما عدم الحرمة فلان
الناس مسلطون على اموالهم فان قيل يحرم تعذيب الدابة وعدم اطعامها وسقيها وتحميلها فوق الطاقة فكيف
جازت العرقبة قلنا حال الحرب يخالف لغيره واتلاف الدابة واضعافها امر مطلوب لان ابقاءها على حالها ربما
ادى الى استعانة الكفار بها وقد فعل ذلك جعفر بن ابى طالب فى مؤتة حيث علم انه مقتول واما دابة الكفار فيجوز
ان يعرقب لانه يفضى الى اضعافهم ويجوز اتلاف الدابة بالذكاة على كل حال قطعا الا مع نكاية الكفار اى
اذلالهم والمبارزة من دون اذن الامام على راى هذا اصح للاخبار الدالة على الجواز لكن يحرم طلبها لما ورد
من النهى عنه وانه بغى ويحرم لو منع ويجب لو الزم ولو طلبها المشرك استحب الخروج اليه للقوى الواثق من نفسه
بالنهوض لكن باذن الامام فيستحب له ان يستاذنه ويستحب للامام ان ياذن له فيجى فيها الاحكام الاربعة

مسائل

ويحرم على الضعيف على اشكال الترك اولى فان قيل هل الاشكال مع الاذن ام بدونه والاول مشكل لانه مع
الاذن كيف يحرم او يكره وهل باذن الامام في الحرام قلنا يحتمل ان يأذن عليه السلام ولا يعلم حال المستأذن فيكون التحريم
او الكراهة على المستأذن باعتبار ما يعلم من نفسه او يقال الحكم في ذلك بدون الاذن فيكون مترددا بين التحريم والكراهة
بناء على ان المبارزة بدون الاذن مكروهة ولو لم يطلبه فالاقوى المنع من محاربته الاقوى اقوى
وفاء بالشرط ويجوز الخدع في الحرب نص في القاموس ان المروي من ان الحرب خدعة وروي مثلث
الخاء المعجمة وكهمزة ويحرم الغدر بالكفار اي بعد الامان والغلول منهم اي السرقة من اموالهم
للحديث ولا ينبغي ان يخرج الامام معه المخذل الى المراد لا يجوز ذلك بدليل قوله ولا من يتغير على المسلمين
الى وجهه ان في ذلك ضررا بالمسلمين والمشرك الذي يؤمن غائلته اي يؤمن غدره ولو لم يؤمن لم يجز
اخراجه لم يستحق اجرة وان لم يتعين اي بسبب آخر غير الالزام ولو عين شخصا لدفن الميت وعليه
فلا اجرة له وكذا لو لم يعينه لي لو اريد به تعيينه للافعال المذكورة فانه يظهر فائدة التعيين في سقوط الاجرة لى
ولو استأجر للجهاد فقتل سبيله قبل الموافقة استحق اجرة الذهاب ولو ذهب بغير اذنه كما لو هرب
فكما لو فعل الاجير بعض ما استوجر عليه ولو وقفوا من غير قتال ففي استحقاق كمال الاجرة
نظر الى ان تحقق صحة الاستيجار على الجهاد لم يثبت له من الاجرة الا نسبته ما فعل وان لم يجوز ذلك
وجعلنا الاجارة انما هي في مقابل الموافقة كما نقله الشارح قولا لزمه تمامها والقول بان استحقاقه
كمال الاجرة مستند الى صدق اسم الجهاد بذلك لاستحقاق السهم بالموافقة بعيد والمسئلة موضع تردد
والذكور البالغون ان احدث واحال المقابلة حرم ابقاؤهم ما لم يسلموا فان اسلموا فظاهر عبارة التذكرة
والمنتهى والتحرير يشعر بالتوقف في الحكم والشيخ رحمه الله حكم بكون الامام عليه السلام مخيرا بين المن والفداء
والاسترقاق ولم يصرح المص هنا بتوقف ولا اصله وفي الحواشي المنسوبة الى شيخنا الشهيد على التحرير
في الاسترقاق
ان توقف المص يحتمل شيئين امتنع هذه الاحكام الا المن لانه لم يكن له استرقاق ولا فداء في حال الكفر
ففي حال الاسلام اولى وهو قوي متين لولا ما سياتي من الرواية بتعين استرقاقه ويحتمل كما هو قول
بعض العامة لان المن مضيع للمالية الثابتة بالاستيلاء والفداء لم يثبت قبل الاسلام فكذا بعده استصحابا
لما كان لكن روى الشيخ باسناده عن الزهري عن علي بن الحسين عليهما السلام قال الاسير اذا اسلم فقد
حقن دمه وصار فيئا وهي مشعرة بان المراد من اخذ والحرب قائمة لان الآخر محقون الدم على الاصح ولا
دلالة فيه ظاهرة لانه من اخذ بعد الحرب لا يعد محقون الدم ولهذا لو اسر مرة اخرى في الحرب قتل
فلا دلالة فيها لامكان تنزيلها على من اخذ بعد الحرب ومع ذلك فهي دالة على الاسترقاق ضمنا ولا قائل به من

الاصحاب

الاصحاب الاما يحمله توقف المص وكذا روى الشيخ مفاداة النبي صلى الله عليه واله الذي اسره اصحابه ولادلالة
فيها ايضا لانها واقعة عين لاعموم لها ولا نعلم حال ذلك الاسير كيف كان والتمسك بالاستصحاب قوي
ويتخير الامام بين ضرب رقابهم الخ هذا التخيير في صنف القتل وهل هذا تخيير مصلحة واجتهاد ام تخيير شهوة
لا احد به تصريحا والظاهر انه تخيير شهوة وتركهم حتى ينزفوا ويموتوا ينزفوا بضم الياء وفتح الزاي ه
وفي قوله ويموتوا تنبيه على انه لابد من موتهم والا لم يتحقق الامتثال فلو لم يموتوا بذلك فلابد من الاجهاز
عليهم ويتخير الامام بين المن والفداء والاسترقاق هنا احكام آ هذا التخيير تخيير اجتهاد في المصلحة
لا تخيير شهوة كما صرح به المص في التذكرة والمنتهى لانه ولي المسلمين ووكيلهم فلابد من تحري المصلحة لهم
ب لا فرق بين الكتابي وغيره على الاصح للعموم وفرق الشيخ فلم يثبت ذلك في غير الكتابي بل جوز المن والمفاداة
ومنع الاسترقاق لانه لا يقر على دينه وهو ضعيف ج لا يثبت القتل في هذا القسم واثبته بعض الاصحاب
وهو ضعيف سواء وطئها المسلم او اسلم زوجها ووطئ المسلم لها لشبهة مطلقا او بملك اليمين او بالعقد
اذا كانت كتابية وهو ظاهر وينفسخ النكاح باسر الزوجة مطلقا في التذكرة والمنتهى انه اذا اسر الزوجين
معا واحد وملكهما بحيث صارا وقال يبقى النكاح لكنه يتخير في الفسخ وهو ممكن والعموم يقتضي عدم
الفرق وينتقض بالمملوكين كما سياتي ويجاب بان الحكم في المملوك لا نعرف به مخالفا بخلاف ما هنا
وباسر الزوج الصغير لانه كالزوجة يملك بالاسر وباسترقاق الزوج الكبير لا باسره خاصة لانه لا يصير
رقا بمجرد الاسر ولو كانا مملوكين تخير الغانم لانه لم يحدث رق فيقتضي الانفساخ وفيه نظر اذ لا نم ان ه
المقتضي للانفساخ انما هو حدوث الرق وحدوث اوطاس عام الا ان يثبت خروج الرقيقين بالاجماع
ولو صولح اهل المسبية الى قوله لم يجب اعادة المراة وجهه ان الحر لا عوض له شرعا ومعتق المسلم
اما مطلقا على القول به او بالنذر على الوجه الذي يتصور ولا ينقطع اجارة المسلم في العبد المسبي
ولا الدار المعتوقة قد يفهم من تلكما بعده ان الذمي ينقطع اجارته وليس بواضح الا ان يكون للسابي
فيسقط كما لو اشترى عبدا له عليه دين فهذا لمثل لا محل وقياس ومستند ذلك الاجماع وان ذمة العبد
مملوكة فلا يعقل استحقاق شي فيها ويقضى الدين من مال المغنوم ان سبق الاغتنام الرق على اشكال
يجب ان يقرا الاغتنام بالنصب على انه المفعول به مقدم والرق فاعل موخر فيكون مرفوعا ومنشا الاشكال
من ان المال يخرج بالاسترقاق عن الملك ومحل الدين الذمة لا المال فينقطع تعلق الدين بالمال بالاسترقاق
ومن ان حق المال ان يقضى منه الدين وجوبا عند المطالبة ومن ثم ياخذه الحاكم قهرا اذا امتنع من الاداء ه
والامتناع من اخذه بخصوصه اذا اراد الاداء ارتفاقا بحاله من حيث انه مخير في جهات الاداء وذلك لا ينفي

وفي حاشيته منقولة من لفظ
المص مسنده الى شيخنا الشهيد
لوجه الضم في الاغتنام بصيغة
قيل وحاصله انه اذا استولى الاغتنام
الرق امكن قتله فلابد من قضاء
الدين حذرا من الضياع بحظه

التعلق والاصل بقاء هذا التعلق بعد الاسترقاق استصحاباً لما كان ولا يزول بمجرد ذلك وهذا التعلق سابق
على حق الاغتنام فيجب تقديمه وهو الاصح وقدم حق الدين على الغنيمة وان زال ملكه بالرق الى جواب
عن سؤال مقدر تقريره ان الاسترقاق مزيل للملك فكيف يقضي الدين منه بخلاف الموت فانه لا يزيل بالكلية
فان جمعاً من الفقهاء يقولون بان الموت الميت يملك بعد الموت حيث يقولون بان التركة على حكم مال الميت
وجوابه ان زوال الملك لا يقتضي زوال جميع اثاره كما في المرتد عن الفطرة فان ماله يخرج عن ملكه
ومع ذلك يقضي ديونه منه وفي هذا الكلام نظر من وجهين الاول ان الاشكال يقتضي تعادل الطرفين كما هو
المتفاهم وجواب احد الوجهين يقتضي ترجيح الاخر وقد تضمنت العبارة ومقتضاهما التنافي الثاني
ان ثبوت الحكم المذكور في المرتد ان كان محل وفاق فلا يلزم من ثبوت الحكم فيه ثبوته ههنا وان كان محل خلاف
احتيج الى دليل من خارج يرجح احد الحكمين على الاخر وبمجرد ذلك لا ينفع الوجه الاول ههنا الا ان يقال
العبارة تشعر بالفتوى بالمذكور فيهما ولا ينافيه وجود تردد ما فيكون الاشكال تعبيرا عن ذلك التردد
وذكر المرتد على سبيل التمثيل والايضاح لا على سبيل الحمل والقياس ولو استرق بعد الاغتنام
تبع بعد العتق وقدم حق الغنيمة لان ذمته تخرج بحالها وهي محل الدين وله صلاحية الاداء بوجه اخر فان
له ان يخرج المال عنه بجميع اسباب النقل ولعدم انتزاعه بدين سابق باذن الحاكم حيث يمكن وبدونه
حيث يتعذر وليس لصاحب الدين بعد وقوع ذلك منازعة وذهب الشارح الى وجوب القضاء من المال
هنا وظاهره ان هذه المسئلة محل تردد وهو بعيد ومختار المص هنا هو الاصح ولو اقترنا فاقوى
الاحتمالين تقديم حق الغنيمة المتعلق بالعين والاصح تقديم الدين لسبق تعلقه بالعين كما بيناه ولا يضر كون
محله الذمة لان ذلك لا يقتضي نفي التعلق ولو كان الدين لحربي فاسترق المديون فالاقرب سقوطه هنا
قيد ما اذا كان الدين لمسلم او ذمي ووجهه ان الدين في ذمة المسترق وذمته تحت سلطنة المسلم وقهره
وما فيها يحب السلطنة تبعا للحربي وما له يملكه المسلم بالقهر لا بما في ذمة وقد يناقش في تحقق القهر المقتضي
للتملك ولا شبهة في ثبوته في الدين تبعا لا مباشرة لعدم تعين الدين ووجوده وكونه محققا ولو اسلما
اي المالك والمديون او اسلم المالك خاصة فهو باق اي فالدين بحاله لانه مال لمسلم الا ان يكون مالا يملكه المسلم
كالخمر واكتفى به لظهور الامر في ان الخنزير كذلك او لمنافي شبهه كالصداق وعوض الاجارة اما لو
كان اتلافا او غصبا فالاقرب السقوط باسلام المديون وجه القرب ان الحربي فيء للمسلم فاذا قهره او اتلف عليه
شيئا لم يثبت له عليه شيء وينبغي ان يقال ان التقييد باسلام المديون ضايع لان الحربي اذا قهر حربيا ملكه
وجاز شراؤه منه كما سياتي فاذا قهره على ماله ملكه ايضا واتلافه نوع من القهر فح فلا يثبت في ذمته شيء

اذا سلم

ان اسلم وان لم اسلم فلا حاجة الى هذا القيد لكن التفريق بينهما الحق التحريم وفي تعيين مدته خلاف فقيل الى
سبع سنين وقيل الى مدة الرضاع وقيل الى البلوغ وهل يتعدى الحكم الى الجدة والاب فيه نظر ولو عجز عن
المشي لم يجب قتله للتحمل بحكم الامام فيه ينبغي ان يراد بنفي الوجوب نفي الجواز فيراد بالاسر الاحص والمراد
بالاسير هنا هو الماخوذ والحرب قائمة الا بعد انقضائها وان كان كل منهما لا يعم حكم الامام فيه لان الاول مخير
فيه بين انواع القتل اما الثاني فانما يخير فيه بين الامور التي ليس القتل واحدا منها على الاصح فان قتله
مسلم فلا شيء وكذا لو قتله كافر ويكره قتله صبرا هو الحبس ليقتل وقيل غير ذلك ففي
تبعيته للسابي في الاسلام اشكال اقربه ذلك في الطهارة الحق التبعية في هذا خاصة دون غيره اقرب الى الاحتياط
وان كان الحديث قد يشعر بان المقتضي للكفر الموجب لاحكامه هو كونه مع ابويه بحيث يتمكنان من افساد
اعتقاده فان ادعى استعجاله بالدواء ففي قبوله اشكال الاصح القبول للاحتياط في الدم ويعول على
انبات تحت الابط تشكل ذلك بان الرواية وردت باعتبار شعر العانة والخنثى ان بال من فرج الذكر
اي دون الآخر او سبق ينبغي ان يراد ولم يتاخر من الآخر وتاخر ينبغي ان يراد ولم يسبق من الاخر
ولو اسلم عبد الحربي في دار الحرب قبل مولاه فان قهر مولاه بالخروج الينا قبله تحرر والا فلا هذا اصح لان
مجرد الاسلام لا يصيره حرا هنا وان ذهبت عنه سلطنة الكافر فما دام لا يتحقق القهر والغلبة لا يصير حرا

المراد بالغنيمة هنا كل فان الحق انما قال هنا لان الغنيمة هي كل ما يغتنم بسبب من الاسباب كتجارة وزراعة في الاغتنام
وصناعة مباح وقهر وغلبة بالايجاف بالخيل والركاب وهي قسمان الاول تقدم في باب الخمس والثاني المراد
هنا فعلى هذا الغنيمة في موضوعها اللغوي لم ينقل الى المعنى الثاني كما زعمه العامة وصدقها على كل من
المعنيين صدق العام على افراده دون المختلس والمسروق المختلس الماخوذ وصاحبه حاضره
منتقظ بالحيلة والمسروق الماخوذ خفية بخلاف ذلك وهذا القسم يختص به آخذه فان قيل قد سبق
تحريم الغلول من الكفار قلنا يمكن الجمع بانه لا منافاة بين تحريم الفعل والاختصاص بالملك مع امكان
الحمل على تخصيص التحريم بحال الامان او بحال الحرب دون ما يحل عنه الكفار بغير قتال لانه للامام حقه
دونه بالعطف لانه معطوف على المجرور بدون وكان الاولى ان يقول بغير ايجاف بخيل ولا ركاب لان مقتضى
عبارته ان ما اخذ بالفزع مثل ان ينزل المسلمون على حصن او قلعة فيهرب اهله ويتركوه اموالهم فزعا
ان لا يكون غنيمة وقد صرح في المنتهى والتذكرة بانه غنيمة وهو صريح القرآن العزيز واختار الشيخ مما افاء الله
على رسوله والاول هو الظاهر والاولى انه لم يصح للمسلم ملكه فليس غنيمة على ظاهر هذه العبارة مؤاخذة
لانه قد جعل هذا احد اقسام الغنيمة وكيف يصح قوله ليس غنيمة بل ينبغي الاتلاف كالخنزير او يجوز ابقاء ه

للتحليل كالخمر هذه العبارة فاسدة التركيب لانه لا معنى للاضراب ببل فيها وكان حقه ان يقول وهي اما ان يجوز
اتخاذه كالخمر لفائدة التخليل او لا كالخنزير سواء كان غنيا او فقيرا وقيل لا يجوز الا عند الحاجة والاصح
الاول لظاهر قوله تع فكلوا مما غنمتم ولو عمل منه شيئا هو في الاصل القرية البالية ما لا ينقل يخرج منه
الخمس الى هنا في حال ظهور الامام اما في حال الغيبة ففي الاخبار ما يدل على انه لا خمس فيه ولا يصح
بيعها ولا وقفها ولا هبتها هنا في حال ظهور الامام اما في حال الغيبة فينفذ ذلك كله كما صرح به في الدروس
وصرح به غيره وقد عد الاصحاب في المفتوح عنوة ارض العراق وحدها طولا من الموصل الى نجم عبادان
وعرضا من طرف القادسية المتصل بعذيب النخالات الى حلوان بالضم ومكة على الظاهر من المذهب وخراسان
من اقصاها الى كرمان وخوزستان وهمدان وقزوين وما حولها ما ذكره بعض الاصحاب مسندا الى
المبسوط والشام ولم يذكروا تحديدها وكتب التواريخ كافلة ببيان ما سوى ذلك وما كان منها مواتا
حال الفتح مقتضى العبارة ان هذا من الغنيمة وليس كذلك لان هذا من الانفال فعليه طسقها وهي
الخراج فارسي معرب ارض من اسلم اهلها عليها طوعا في هذا التركيب نظر لانه ليس في الصلة ضمير يرجع
الى الموصول ولا يتم الربط بدونه واعتذر بان في اسلم ضمير يعود اليه واهلها بدل منه لان ابدال المظهر من المضمر
جائز وفيه نظر لان ذلك حيث يكون الاضمار محققا بان يكون الفعل مما يمتنع التصريح بفاعله كفعل
الامر ومضارع المتكلم مثلا لا نحو هذا ولان فيه فسادا اخر فان الضمير لا مفسر له اصلا فيبقى على ابهامه
فان مرجعه لو صح مبهم وهو الموصول بخلاف ما قلناه لان مفسر الضمير موجود فان كان لها مالك معروف
فعليه طسقها له ذكر الاصحاب هذا الحكم كذلك فان قيل كيف جاز التصرف في ملك الغير بغير اذنه قلنا اذا
دلت القرائن على اعراضه عن عمارتها فقد ظهرت علامات الاباحة لمن شاء احياها كما في سائر الاشياء
التي شهدت القرائن باعراض المالك عنها ويجب عليه اجرتها لان القرائن انما دلت على الاعراض عن العمارة
لا عن الاجرة ولو ان المالك ترك عمارتها لضرورة منعه مانع ونحو ذلك لم يجز لاحد احياؤها الا باذنه او
يقال احياها قبل ان يعلم مالك ثم ظهر المالك وهذا جيد ايضا المباحات بالاصل الى هنا لا يعد
من الغنيمة بل هي لاخذها لان الغنيمة اموال الكفار لكن ما كان عليه منها اثر اليد ففي مملوكيته نوع غنيمة
لو وجد شيئا في دار الحرب الى اي مطروحا في مكان لا يظهر عليه علامة يد الكافر كالخيمة ونحوها في طريق
ونحوه الغانم هل يملك حصته من الغنيمة بمجرد الاغتنام سياتي تحقيق القول في ذلك وانما ذكره
هنا للتفريع على الثاني فعلى الثاني يسقط حقه منها بالاعراض ويرده ان الملك ربما كان ضعيفا
متزلزلا يقبل الزوال بالاعراض فلا منافاة اذ الغرض الاقصى في الجهاد حفظ الملة والغنيمة تابعة

فتسقط

فيسقط بالاعراض قد يقال هذا لا يصلح للاستدلال لانه لا دلالة فيه ولا تلازم بين النتيجة وما جعل مقتضيا لها ويجاب بانه يمكن ان يكون استدلالا بالمناسبة بمعنى انه يناسب غرض الجهاد وثبوت اثر الاعراض وهو سقوط الحق من الغنيمة ومحضه للقربة لان مقصد الجهاد لا يفوت بذلك بل يتاكد والاقرب عدم صحة الاعراض بعد قوله اخترت القربة هذا بناء على صحة الاعراض عن الحق منها المبني على الثالث وجه القرب توقف الملك على اختياره والا كان قد يحصل بالاغتنام وقد فرض خلافه وان الاختيار قد حصل وفيه نظر من وجهين آ انا لا نم ان توقف الملك على اختياره بل على القسمة التي هي منوط باختيار الامام ب انه لو ثبت توقفه على اختياره فهو اختيار مخصوص لا مطلق الاختيار والحق ان قلنا انه لا يملك بالاغتنام فعدم الملك مستصحب الى ان يتحقق ما دل الشرع على التملك به قطعا وهو القسمة ويفرض المعرض كالمعدوم اي فيقسم الغنيمة بين الباقين بالسوية فيكون هذا الحكم من احكام ما قبل والاقرب وهو حينئذ يصح الاعراض وربما فهم بعض الفضلاء تعلقه بجملة الاقرب على انه حكم من احكام حيث ان الاعراض اذا لم يصح فالمعرض من حيث هو معرض كالمعدوم بمعنى انه مساو لمن لم يعرض وهذا محتمل الا انه بعيد لا يخلو من تكلف والمتبادر خلافه ولو اعرض الجميع ففي نقلها الى ارباب الخمس خاصة نظر اقربه انها للامام النظر في انها لارباب الخمس مطلقا للشركة بين الجميع باعتبار الخمس المقتضيه المتسلط على باقي الغنيمة الذي لا يملكه مالك فهو كالمباح المختلط بالمملوك شائعا فان لصاحبه عليه يدا او للامام عليه السلم لان من عداه ليس له يد وان كان له استحقاق اذ ليس له حيازة اذ اليد في الغنيمة انما هي بالحيازة وذلك متحقق في الامام عليه السلم دون غيره فيكون احق بها وهذا هو وجه القرب فان قدر رجحته والاقرب صحة اعراض المفلس دون السفيه والصبي هذا ينبغي ان يكون متفرعا على الثاني وهو ثبوت الاولوية اذ لو ملك المفلس لم يجز له التصرف في المال وبعد الملك لا يحتاج في التملك الى شيء اخر بخلاف ما لو قلنا بالاولوية خاصة وكلام الشارح الفاضل هنا لا يخ من نظر لانه بين القرب بانه غير مالك ومقابله بانه مالك واما السفيه فانه ينبغي عدم صحة اعراضه مطلقا لانه يستلزم التصرف في الحقوق المالية وهو ممنوع منه وعبارة الصبي معلوم عدم الاعتداد بها ولا اعراض العبد عن الرضخ بل سيده وفي بعض النسخ ولا اعراض للعبد على الرضخ بل السيد وهي احسن واوقع في النفس بل يملك الغنيمة بالاستيلاء الخ لا يخفى ما في هذه العبارة من التكلف والبعد عن الفهم لان الناظر يتوهم مغايرتها لما في الفرع الثاني لث والاقرب ما قربه المص وهو الملك بالاستيلاء لان الملك يمتنع ان يبقى بغير مالك لعدم تعقله وقد زال ملك الكفار فيثبت ملك المسلمين اذ لا واسطة ولا ضر يثبت الاعراض لانه متزلزل ضعيف فائدة معنى

ملكه ان يملك صيرورته بحيث لقدر على التملك بسبب قريب على انه قد حصل المعد الذى صار حصول الملك
معروفيا هذا فلابد للعبارة من تاويل والاقل كاملا له اهلية ان يملك او يقال المراد يملك ان يملك هذا
الشئ المخصوص اعنى الغنيمة وهذا خاص بالغانمين فان قلت اى شئ يراد بملكه ان يملك هذا الشئ المخصوص
قلت الظاهر ان المراد به حصول الاولوية كما فى اولوية التحجر فى الارض المباحة وحيازة المباحات واللقطة
ونحو ذلك لو كان فى المغنم من ينعتق على بعضهم العتق على الاول نصيبه اى على القول بالملك بالا سبيلاء
والضمير فى نصيبه يعود الى ذلك البعض وقوم عليه ان قلنا بالتقويم فى مثله وان ادخل فى ملكه شقصا
ممن ينعتق عليه قوم عليه لانه بادخاله اياه فى ملكه معتق لان اختيار السبب اختيار للمسبب وان كان
لا يعلم ذلك كما لو اشترى وكيل المالك له اباه مثلا ولا ينعتق على الثانى اى على القول بانه ملك ان
يملك الا ان يخصه الامام به فينعتق لان قسمة الغنيمة باختيار الامام وملك الغانم بتخصيص الامام
ولا يتوقف على رضاه وان حصل به جاعرهو احدهم ورضى الجر ان قبله بالرضا هنا لان الشركة عيب
فلا بد فيه الرضا بها والذى ينفذ فعل الامام له ولا يتوقف على رضاه انما هو التعيين من الغنيمة لا جعله
شريكا فان قلت فلو فعل الامام ذلك تعين عليه الرضا لعدم جواز مخالفته قلت لا يحب الامام عليه السلم
لانه معصوم يجب اطاعته وكلما يفعله هو عين الحق انما البحث على تقديرين احدهما ان نائبه عم لو فعل ذلك
باجتهاده توقف على الرضا الثانى ان الذى تقتضيه صحة النظر بالنسبة الى المدارك الفقهية ماذا يلزم الا مام
عليه السلم احد الغانمين بالرضا بالحق المشترك فيقال الذى يرشد اليه الدليل العدم لفقد ما يدل على ذلك
من الشرع بنص او اجماع وتحقق الالزام فى اصل الحق من الغنيمة لا يقتضى تحقق الالزام فى الرضا بالمشترك
وليس الحكم بالتوقف على الرضا على تقدير الزامه وهو ظاهر لو وطئ الغانم جارية المغنم عالما اسقط
من الحد بقدر حقه هذا مبنى على الاقرب من انه يملك والتقييد بكونه عالما يخرج الجاهل لانه ذو شبهة
وينبغى ان يقيد بكونه عامدا لان الناسى لا يقصر عن ذى الشبهة وظاهر وجه سقوط مقدار حصته
من الحد لانه وطئ فى ملك ولو قلنا بالاولوية او بالانكشاف بالقسمة فالذى ينبغى ان لا حد لعدم تحقق
ملك الغير ولتحقق حصولها فى ملكه بالقسمة فلا يقصر عن المشتبهة والاقرب وجوب العشر مع البكارة
ونصفه مع عدمها هذا مبنى على الملك بالاستيلاء لانها مشتركة والاشهر فى وطء المشتركة ذلك وقيل بوجوب
مهر المثل والعمل على المشهور للرواية وان كان جانب المالية يقتضى مهر المثل ولو قلنا بعدم الملك بالحيازة
فمهر المثل اقوى لانتفاء الشركة ولو قلنا بالمراعاة فالمتجه توقف الحال على الكاشف وهذا اذا كانت جاهلة
او مكرهة فلو كانت مطاوعة عالمة ففى وجوب المهر اشكال لانها بغى واطلق الشيخ فى الخلاف عدم وجوب الحد

بخطه
دخل فى ملكه قهرا
هنا فتح هذا التعليق

وفي المبسوط نفي وجوب المهر بالوطئ وكلاهما عن جيد ويسقط منه قدر نصيبه لانه مملوك له ويلحق
الولد به لامتناع الحكم بالحاق البعض دون البعض الاخر ويصير ام ولده لانها مملوكة له وولدت في ملكه
فيتناولها اللفظ باعتبار الاستحقاق وتقوم الجارية عليه وولدها يوم سقوطه حيا اما تقويمها فه
فلصيرورتها ام ولده واما ولدها فللحاقه به وصيرورته حرا واما تقويمه يوم سقوطه فلانه يحكم عليه بكونه
آدميا وهو محل كونه مالا بالاستقلال وقد فوته عليهم ولا يخفى ان حصته منه تسقط قيمتها واما التقيد
بسقوطه حيا فلانه لو سقط ميتا فلا تقويم للام لكن يلزم ارشها ويسقط حصته الا ان كانت قومت
قبل الوضع لانها تقوم مع الحمل لا مع علم الحاجة ظاهره التحريم والكراهة اظهر وقد صرح في المنتهى
بكراهة قطع الاشجار وفي قتل الحيوان قال لا ينبغي ولا شك ان قتل الحيوان اغلظ من قطع الاشجار لكن
التحريم لا يخلو من بعد وان كان في الحديث نهي النبي صلى الله عليه وآله عن ذلك عند عدم الحاجة فانه يحمل على
الكراهة لان المتبادر في امثال ذلك التاديب وكذا التوراة والانجيل لانهما محرفان مبدلان فلا يمكن الا هنا،
الى ما هو حكم الله المنسوخ ولو اريد بهما النقض والجرح جاز الاستبقاء على الظاهر ولو ظفرنا باهل الخلاف
لم يجز لنا فعل ذلك بكتبهم لانها مال مملوك لهم وليس عندنا ولتميز الحق من الباطل فيها فانه يجب دفع العوض
اليهم عنها وجعلها عند من له قوة النقض من المؤمنين ولو افرد الضلال منها عن غيره جاز غسله بعد دفع
العوض يجب البداءة بالمشروط كالجعائل والسلب لتعلق الاستحقاق بتلك العين المخصوصة والرضخ
في التذكرة اخر الرضخ عما يحتاج اليه الغنيمة وكذا فعل في المنتهى والتحرير والظاهر انه لا تفاوت لان الرضخ
لا بد منه ولا تزاحم الامور المذكورة حتى المولود بعد الحيازة قبل القسمة ولا فرق بين كون ابيه او احدهما
حاضرا او لا والمدد المتصل بهم بعد الغنيمة قبل القسمة بشرط لحاقه بهم وحضوره معهم قبل القسمة فانه لم
يلحق بهم الا بعدها فلا شئ له اجماعا كذا علم بحمل الخروج لكن لم يجعل على الحاسر والمريض سواء كان مرضه
مانعا من الجهاد كالمفلوج ام لا كذا في الصلاح وهو مذهب الاصحاب وللفارس سهمان وقيل ثلاثة اسهم
وبه رواية والاول هو الاصح والمشهور وبالشهرة ترجح الرواية به على الاخرى ولا للاعراب وهم من اظهر
الاسلام ولم يصفه وان قاتلوا مع المهاجرين على راي المراد بالاعراب هنا من كان من اهل البادية كذلك
والراي المذكور هو المشهور بين الاصحاب وعليه الفتوى وبه رواية حسنة والمراد بمن اظهر الاسلام ولم
يصفه منهم لعرف معناه بحيث يعبر عنه بعبارة المعقولة وانما اظهر الشهادتين خاصة وليس له علم بمقاصد
الاسلام وينبغي بان مناط المفاضلة هي المصلحة وبدونها لا يجوز فكيف يتصور الاستحباب ويمكن كونه
ان يكون على الاستحباب فيشكل بان مناط المفاضلة هي المصلحة لو اقتضت خلاف ذلك وجب المصير اليها

باب
في قسمة الغنيمة

وفي عبارة ابن الجنيد ما يقتضي
الاستحقاق اذا كان المدد بصدد
المعونة وان لم يلحق قبل القسمة
ولا انقص حاله عن السرية الا ان المصنف
نقل الاجماع في غير موضع على عدم
الاستحقاق اذا لم يصل قبل القسمة
بخطه

الا ان يحمل على الوجوب مع مطابقته للمصلحة ولا يسهم للمخذل ولا المرجف ولا الرضخ لهم ان قيل قد سبق انه لا
يجوز اخذهم مع الجيش وذكر انه لا يسهم لهم فاعادته تكرار ويجاب بان ذكر عدم الاسهام هناك استطرادي
وههنا محله الحقيقي والنص ونفي الاعادة وفائدة بيان عدم الرضخ واعاد الضمير الى المخذل والمرجف بصيغة
الجمع اما على المعنى لان المحلى باللام في قوة المتعدد لمعنى الجنس او لان التثنية يقع عليها الجمع حقيقة
ومجازا وفي الاسهام للحطم وهو الذي ينكسر الحطم كلنف هو الذي يقوله دائما يكاد يقع على راسه
منه وهو معنى النكس وفي التذكرة والمنتهى هو الذي ينكسر وعبارة القاموس قد يناسبه
والقحم وهو الكبير الهرم القحم بفتح القاف واسكان الحاء المهملة والضرع هو بفتح الضاد المعجمة والراء
معا والرازح هو بالراء ثم الزاي بعد الالف والحاء المهملة نظر ينشأ الحاء المثلثة موضع تردد
والاعتبار بكونه فارسا عند الحيازة الى القسمة ظاهر هذه العبارة انه انما استحق سهم الفارس اذا كان فارسا
من حين الحيازة الى زمان القسمة وهو مشكل اذ لا دليل يدل على اعتبار ذلك والذي يقتضيه النظر ان كل
من صدق عليه انه فارس وقت القسمة استحق لانه محل اعتبار الفارس والراجل ونزل شيخنا الشهيد
العبارة على معنى او القسمة وجعل ما قبل او مبنيا على ملك الغانم بالحيازة وما بعدها مبنيا على ملكه بالقسمة
وما ابعده عن الصحة وابعد العبارة عن الدلالة عليه فلو دخل المعركة راجلا فملك بعد انقضاء
الحرب فرسا قبل القسمة ان لم ينزل هذا الحكم على ملك الفرس قبل الحيازة كان منافيا لما دلت عليه العبارة
السابقة ولو قاتل فارسا ثم نفقت فرسه او باعها او اجرها المشركون بعد الحيازة قبل القسمة لم يسهم لها
ولو قاتل فارسا ثم نفقت فرسه اي نفقت بكسر الفاء وفتحها ذهبت ولا يسهم للمغصوب مع
غيبة المالك لان السهم وان كان منسوبا الى الفرس الا انه في الحقيقة للفارس باعتبارها والغاصب بالنسبة
اليها يعد راجلا لان قتاله عليها منهي عنه فلا يستحق بسببه سهم في الغنيمة ومع غيبة المالك يمتنع
استحقاقه سهما في الغنيمة فلا يستحق احدهما شيئا ومع حضوره السهم له لان المعتبر في الاستحقاق
بالفرس وجودها وان لم يقاتل عليها فالقتال عليها غير منظور اليه وقد تحقق ذلك لا يقال المراد
كونها بحيث يمكن القتال عليها عادة اذا اراده ليكون محسوبا من المدد وذلك مفقود ههنا لانا نقول
الامكان في نظر الشارع حاصل وان انتفى حسا والاقرب احتساب الاجرة منه اي الاقرب احتساب
الاجرة اللازمة للغاصب من سهم الفرس المغصوب الثابت للمالك بسبب حضوره ووجه القرب انه
المالك انما استحق السهم بسبب فعل الغاصب وهو اخذ الفرس والانتفاع به فاستوفى عوض منفعته
ولا يكون للمعوض الواحد ازيد من عوض وفيه نظر لانا لا نسلم ان المالك انما استحق بالسبب المذكور ولم لا

يجوز

يجوز ان يكون استحقاقه لكونها فرسا له مع الجيش والاجرة ثابتة على الغاصب فلا يسقط بالامر المحتمل
وايضا فان السهم من الغنيمة ليس في مقابل منفعة الفرس وانما ثابت بالاصالة للفارس باعتباره ولم يملكه
الغاصب اذ لو ملك لامتنع انتقاله عنه وكان اخذ الزائد عن الاجرة منه محرما اذ لا مقتضي له ويستحيل
ان يودي دينه اللازم له بمالا يملكه ولا يستحقه من غير رضا من مالكه فالاصح وجوب الاجرة على الغاصب
وراء السهم ولو كان ذا افراس فالوجه التقسيط فياخذ المالك حصته مع حضوره اي لو كان الغاصب
ذا افراس سوى المغصوب او نقلا الجمع على حقيقته فلا حاجة الى التقييد بما سوى المغصوب فالوجه
تقسيط ما يستحقه بسبب الفرس الثاني بين المغصوب وما يملكه ووجهه ان سهمه الذي يستحقه بنفسه
لامدافع له وكذا الذي يستحقه بسبب احدى افراسه لان المغصوب واحد فلا يمكن ان يكون له ازيد من
سهم ويبقى السهم الثالث كما يحتمل نسبته الى فرسه الاخر يحتمل نسبته الى المغصوب بغير تفاوت فنسبته
الى احدهما دون الآخر ترجيح بغير مرجح فيتعين التقسيط بان يقسم السهم قسمين فيكون للمالك نصفه وللغاصب
نصفه باعتبار فرسه الآخر واعلم ان الشارح الفاضل السيد عميد الدين جعل التقسيط بوجه آخر وهو
تقسيط مجموع السهمين على الافراس الثلاثة وفيه نظر لان في الرواية عن امير المؤمنين ع اذا كان مع
الرجل افراس في غزو لم يسهم الا لفرسين منها وذلك دال على الغاصب ما سوى فرسيه وهذه كما دلت على نفي
تقسيط مجموع السهمين على الافراس كلها تدل على ان السهم اما للفرس المغصوب او لفرس الغاصب لانه
الاستثناء في سياق النفي يدل على الحصر وهو يقتضي الغاء احد الافراس المنافي للتقسيط والحق ان للغاصب
بافراسه ثلاثة اسهم كاملة ووجود المغصوب في حقه كونه ويجب سهم آخر للمغصوب يستحقه مالكه مع
حضوره والمص لما اسلف ان المالك يستحق السهم في مقابل منفعة الفرس التي استوفاها الغاصب حيث
جعل الاجرة منه لم يوجب للمالك سهما بالاستقلال وفيه ضعف ظاهر فانه قد اوجب كمال والترجيح فالم
فان المملوك اولى بنسبة السهم اليه من جهة كونه مملوكا الاجرة فيما سبق لانتفاء اهلية ملك الغاصب السهم بسبب
المغصوب ولانه لو لم يوجد المغصوب لاستحق ذلك فيه وجوده ينفي استحقاقه للاستصحاب ولان وجود
المغصوب في حقه كونه ولو تعددت افراس المالك خاصة اي افراسهما فاشكال هنا مسئلتان آ ان يتعدد
افراس المالك دون الغاصب لان تعدد افراس الغاصب قد سبق بيان حكمه ولا شك ان المالك يستحق ثلاثة بافراسه
لكن السهم الثالث هل هو مستند الى الفرس المغصوب ام لا فيه اشكال ينشأ من ان المغصوب لو لم يكن حاضرا
استحق ثلاثة اسهم بافراسه التي معه فلا يزول هذا الحكم بحضوره لانتفاء المقتضي ومن ان السهم الثالث يمكن اسناده
الى كل من الافراس التي معه والمغصوب فاسناده الى واحد بخصوصه ترجيح من غير مرجح فان قلت لا معنى

ويجب سهم آخر للمغصوب يستحقه مالكه مع حضوره . صح
له مع عدم التعدد
والمص لما اسلف ان المالك يستحق السهم في مقابل منفعة
الفرس التي استوفاها الغاصب حيث جعل الاجرة
منه لم يوجب للمالك سهما بالاستقلال وفيه ضعف ظاهر
لو تعددت افراس الغاصب واتحد المغصوب وكانت
افراس الغاصب فوق اثنين فعلى ما اخترناه تقسط السهم على ثلاثة ان كانت افراسه
ثلاثة وعلى اربعة ان كانت اربعة وعلى هذا وعلى ما ذكره الشارح تقسط مجموع السهمين على
مجموع الافراس ص

لهذا الاشكال لان المالك يستحق ثلاثة اسهم على كل تقدير فاى شئ يكون محل الاشكال واى فائدة يترتب على الوجهين
فيه قلت فائدته ترجع الى الاجرة على ما اختاره المص من انها تحسب من سهم المغصوب فان حكمنا بان
السهم الثالث للمغصوب لم يجب اجرة اخرى ان وفى بها والا وجبت ولك ان تقول على ما قاله المص من احتياج
التقسيط يلزم هذا القول فلا يتجه الاشكال المذكور والصحيح ان للمالك ثلاثة اسهم كاملة والاجرة عن
المغصوب ووجهه معلوم مما سبق ب لو تعددت افراسهما ففى الواجب اشكال ينشأ من ان ملاحظة
وجوب ثلاثة اسهم لكل منهما باعتبار فرسيهما ومن ان علم الاولوية فى نسبة السهم الثالث الى فرس دون
فرس يقتضى التقسيط وعلى هذا ففى احتساب الاجرة من شئ مما يستحقه المالك اشكال بناء على ما اختاره
المص من ان الاجرة من سهم المغصوب وعلى ما اخترناه فالواجب لكل منهما ثلاثة اسهم ويجب اجرة المغصوب
ايضا على الغاصب ولو غنمت السرية شاركها الجيش الصادرة عنه لانها ردوه ولو كانت سريتين
فكالواحدة سواء كانتا الى جهة واحدة او جهتين لان المجموع جيش واحد ويكره تاخير القسمة فى
دار الحرب من غير عذر هذا مذهب اكثر الاصحاب الا ابن الجنيد فانه اختار ان لا تقسم الا بعد الخروج من
دار الحرب والاول هو المختار لفعل النبى صلى الله عليه واله ولانه لا يؤمن استرجاع المشركين لها واقامة
الحدود فيها لئلا يحمل المحدود الغيرة فيدخل الى دار الحرب ولو قتل عمدا اقتص منه فى دار الحرب فلا سبيل
على الاحرار لامتناع دفع العوض عنها كما تقوله الشيخ فى الاموال ولو عرفت بعدها استعيدت الحرة
وقيل بل يدفع الى مالكها قيمتها من بيت المال وهو ضعيف والمرصد للجهاد انما يملك رزقه تقبضه
من بيت المال لان ذلك ليس اجرة فان الارتزاق من بيت المال لا يدل على كونه مصرفا فما دام لا يقبضه لم يملكه
ولا القلائد هى محكة كما يد المقتول عليه وهى جنة او سلاح الجنة بالضم ما يستر والواو فى قوله وهى
حالية وما بعد ذلك تمثيل للجنة والسلاح اما ما يده عليه وليس جنة ولا سلاحا فلا
الفرق بين نحو النفقة ونحو المنطقة لان العرف لا يساعد على كون النفقة مما يعد سلبا بخلاف المنطقة
وان لم يغرر بنفسه اى لم يخاطر بها مخاطرة زائدة على اصل الجهاد لان له سهما فى الغنيمة بالنص وهو
قريب ويأخذ السلب الصبى والمرأة والمجنون لان لهم سهما فى الغنيمة او رضخا وكذا القول فى العبد
والكافر على ما سبق النفل هو بالتحريك زيادة ينفل بها بعض الغانمين فى مقابل عمل وجعل النبى
صلى الله عليه واله فى البداءة هى بفتح الباء والقصر ولو قال قبل لقاء العدو من اخذ من الغنيمة شيئا
فهو له صح الظاهر ان هذا القيد لا موضع له فلو قال ذلك بعد لقاء العدو ثبت الحكم يجوز ان يجعله من
ماله الى قوله بشرط العلم بالوصف اى المشاهدة وذلك لان هذا جعالة وشرطها العلم بالعوض لكن سياتى فى الجعالة له

المشترك بين الكل وان الفعل الفارغ ... كما اختاره ... فى المسالك ... الدروس والتحرير ...

ان شاء الله

ان شاء الله تع انجمالة العوض لا تقلع اذا لم يكن مانع من التسليم كما لو قال من فعل كذا فله عندي الذي بيد
فلان والا فسخ الصلح وردوا الى مامنهم لانه صلح منع الوفاء بما وجب شرط فيه على اشكال ينشاء مما
ذكره من ان نقض الصلح المتعلق بالمصلحة العامة المتضمن ضرر المسلمين لا يجوز لاغتفار المصلحة الخاصة
في جنبها فان اتلاف مال الغير عند معارضة المصلحة الكلية او توقف دفع الضرر الاقوى عليه جائز وقيل
يجب والاصح اتباع المصلحة في ذلك فان كان نقض الصلح لا يضر بالمسلمين لقوتهم واستظهارهم نقض
واخذت الجارية والابقي ودفع اليه قيمتها والاستدلال السابق لا ينهض على ازيد من ذلك فاسلمت قبل
الفتح مطلقا اي سواء كان المجعول له كافرا ام لا ولو ماتت قبل الفتح او بعده او لم يكن فيها جارية
فلا شيء اما في الاخير فلفقد العوض اذ المشروط لا وجود له وعدمها يخل له ذكر فان قلت قد بذله الدال عمله
في مقابله عوض وقد فات فله اجرة المثل قلت لم يبذله في مقابل عوض بل بذله في مقابل ما لا وجود له اصلا
وتخيله وجوده لا يصيره عوضا ففي الحقيقة بذله في مقابل شيء متخيل ذهنا وليس بشيء في الواقع فلا يكون
له اجرة واما في الاولين فلان تلف العوض المشروط بغير تقصير منا لا يوجب له عوضا ولو ماتت
قبل التسليم مع المكنة احتمل اجرة المثل والقيمة هذه المسئلة كالمستثناه من قوله ولو ماتت قبل الفتح او
بعده فيجب ان يقيد العبارة بما اذا لم يمكن التسليم وما ذكره المص هنا احتمالان اما احتمال الاجرة فلان العوض
قد فات وهو من ضماننا لوجوب تسليمه وحصول القدرة عليه فيجب رد عوض العمل المحترم الذي لم يصدله
مجانا وذلك اجرة مثله فان تلف العوض المعين يوجب انفساخ العقد واما احتمال القيمة فلان العوض
الذي هو الجارية قد دخل تحت ايدينا مع كونه مضمونا وامكان تسليمه فيجب عوضه بتلفه وهو القيمة هنا لان
شان المضمون اذا تلف ذلك ولان القيمة اقرب الى الجارية من اجرة المثل ولا يلزم انفساخ العقد في هذه الحا لة
مع امكان التسليم ولا يلزم من انفساخه بالتلف قبله انفساخه هنا وحكي شيخنا الشهيد عن بعض
معاصريه انه كان يزعم ان المراد بالاجرة اجرة الجارية الى وقت التلف ثم قيمتها بعد التلف ورد بانه
يقتضي السكوت عن اقوى الاحتمالين والتعرض الى اضعفها وقول ان وجوب الاجرة للجارية غير
محتمل اصلا لان تاخر تسليمها قبل المطالبة لا يقتضي كونها مغصوبة فكيف يجب لها اجرة ولو لم يحصل
للغانمين سوى الجارية ففي وجوب تسليمها اشكال ينبغي عدم الاشكال في وجوب التسليم عملا بالشرط وهو
الاصح الاول في الامان الامان عبارة عن ترك القتال اجابة لسؤال الكفار في ترك القتال بالامهال كذا
قال في المنتهى وقريب منه قوله في التذكرة فان قيل الامان يعم البغاة قلنا البغاة كما لو كانوا مسلمين وقتالهم
انما هو بخروجهم عن طاعة الامام لم يكن قتالهم لكفرهم عما هم عليه من الخروج فمتى اطاعوا لم يجز قتالهم ولا وجب

بخط
ويجب دفع الواجب منهما
من بيت المال من سهم المصالح
بخط

في ترك القتال

مع قدرة المسلمين ومع عجزهم ووجود المصلحة بحفظ مصالحهم ونسائهم واموالهم آمنة ودفعهم واجب ولا
يقال لمن هذا شانه مستامن لان هولاء في دار الاسلام وانما مثلهم مثل المسلم اذا ارتد او فعل ما يوجب القتل
فالامان انما يكون للكفار الذي ليسوا في دار الاسلام ولا يصح عاما ولا الاقليم ولا البلد ولا القرية وحصن
الامن الامام الخ ليس على اطلاقه فانه يحكي الحصن الصغير ملحق بالاحاد فيصح ذمام من احاد المسلمين
فلا بد من استثنائه ويصح من احاد المسلمين لاحاد الكفار المراد باحاد الكفار العدد اليسير
كالعشرة والقافلة القليلة والحصن الصغير وقد روي عن الصادق عم ان عليا عليه السلم اجاز امان
عبد مملوك لاهل حصن وقال هو من المؤمنين ويشترط في العاقد عاما او خاصا الخ هذه العبارة
تشعر بان ما قبلها ليس شرطا للعاقد وليس كذلك وشرطه انتفاء المفسدة قد يقال قد سبق اشتراط
المصلحة في تحقيره هو يقتضي انتفاء المقتضي لمفسدة وجوابه ان وجود المصلحة لا ينفي وجود المفسدة
من وجه آخر فيمكن ان يقال لو كان في العقد مصلحة ومفسدة عمل بالارجح فايهما كان الآخر مضمحلا الى
جنبه او كالمضمحل عمل به ولا ريب ان هذا الحكم وامثاله انما هو بالنسبة الى نايب الامام عليه السلم فان مرجع
الاحكام اليه من غير اعتراض عليه ولا اسكم وفايدته عند الحكم وامثاله معرفة ما يقتضيه الدليل ويدل على
ان اختيار الامام هو الحكم الفلاني دون غيره فلي امر جاسوسا اي نايب الامام او الامام عليه السلم حيث لا
يعلم كونه جاسوسا فلا يقتل كل ما يدل بالصريح مراده باللفظ المعتبر الخ وكذا الكناية والاشارة
مع الدلالة على ذلك لا بد منه اما لو قال لا تخف او لا باس عليك فان انضم اليه ما يدل على الامان كان
امانا والضميمة هي القراين الحالية او المقالية كما لو طلبهم ليومنهم او طلبوا منه الامان فاظهر الرضا بذلك وقال
لهم هذا او امثال ذلك والا فلا على اشكال او مفهوم ذلك اي على اشكال في علم كونه امانا على ذلك
التقدير اي انتفاء الضميمة المذكورة لان مفهوم لا تخف ولا باس عليك الامان في المراد بهذا المفهوم
ما يفهم من اللفظ باعتبار الاستعمال ويستفاد منه باعتبار المجاورة غالبا اي ان لم يكن موضوعه
اللغوي لان نفي الباس والنهي عن الخوف لا يدل على الامان باحدى الدلالات باعتبار اصل الوضع
وان اشعر به لكن الاستعمال الكثير يقتضيه والظاهر انه لا يكون امانا اما بالضميمة لانتفاء المقتضي وعلم
استقرار حال الاستعمال بحيث لا يستفاد من اللفظ الا هذا المعنى واعلم ان المص في المنتهى والتذكرة
ذكر انه لو قال بالفارسية مترس كان امانا ومعناه بالعربية لا تخف ونفي الامان عن قوله لا تخف الا
بالقرينة وفيه منافاته اذ قد يلوح منه التنافي ولو قال الوالي امنت من قصد التجارة الخ الفرق
ان هذا الامان عام وليس لغير الوالي عقده ولو اقر المسلم قبل بذمام قبل لا بعده اذ لا يصح منه انشاؤه

الدلالة اذ علم اي وكما اللفظ الصريح
الذي يشمل القسمين والكناية والاشارة مع

دق

في الاحكام

وقد صار الاسير فيئا للمسلمين او محقوقا قتله فلا يسقط هذا الحكم لمجرد دعواه بخلاف ما قبل الاسر فانه ليس كذلك ولو ادعى الحربي الخ انما قبل قول المسلم من غير بينة لان القتل والاسر حكمان ثابتان على الحربي وبمجرد دعواه لا يسقطان وانكار المسلم لا يأتي على حق يترتب عليه بل على ما يقتضي سقوط ما وقع عليه ثبوته ولا يعقده اكثر من سنة الا الحاجة اجماعا ولا يلزم من طرف الحافظ لان الامان ارتفاق بحاله فله ان يرده كل وقت ومع حفظ العهد لو قتله المسلم كان اثما ولا ضمان نعم لو اتلف عليه ما ضمنه الفرق ان المال له عوض والحربي لا عوض له من دمه ولا كفارة وحل ماله تبعا لان اتلاف المال ضرر والامان يقتضي عدم الضرر انتقض امانه لنفسه دون ماله لا يقال يثبت تبعا فيرفعه تبعا لانا نقول قد علمت التبعية في الثبوت لا في الزوال والاصل عدمها ملكه مستمر اي ملكا غير زائل بخلاف ما لو كان كافرا فانه يملكه الا ان يكون فيئا ولا يختص به من حضر الامام بر قتله اي لا يختص بالمال من حضر الامام بر قتله لان الرق يزيل ملكه عنه ولا يقتضي ملك المسلم اياه لعدم الالحاق عليه وانتفاء السلطنة عنه ولو عتق بعد ذلك لم يعد اليه ملكه بحرفه عنه وكل موضع حكم فيه بانتفاء الامان اما لصغر العاقد او جنونه او لغير ذلك فان الحربي لا يغتال الخ هذا كان هناك شبهة امان تقتضيه لا بدونه فان امان لا يوجب ذلك وكذا لو استامن على شرط ونقضه ويمكن الاعتناء بالعبارة من حيث ان المراد من يصح امانه ولا يكون النقض من قبله او يصحب رفقه مراده من المسلمين فيظن الامان بسبب مرافقتهم او يدخل في تجارة ويظن مثل ما تقدم ولو دخل ليسمع كلام الله او لسفارة فهو آمن اما الاول فلوجوب الاجابة اليه ليسمع القرآن العزيز واما الثاني فلان الارسال امر ضروري تعم به البلوى فلو قتلنا رسولهم لقتلوا رسولنا ولو دخل مسلم دارهم مستامنا الخ لان طلب الامان كما يقتضي امانه منهم يقتضي امانهم منه فلو تبعه قوم الى ما جاز دفعهم لانهم يطلبون منه ما لا يجوز ولم يقتضه الامان بخلاف غيرهم لبقا امانه ولو اشترى منهم شيئا فلزمه الثمن وجب انفاذه بمقتضى الامان ولو اكره على الشراء فعليه رد العين ولو تلفت بعد قبضها فان لم يكن قد اكره على القبض وجب عوضها وان اكره عليه فالظاهر انه لا شي عليه على تقدير ان لا يدوم يده عليها بعد الاكراه بخلاف ما لو ابقاها بعد الاكراه فانه يضمن لان العقد اذا ضمن بصحيحه ضمن بفاسده ولو اقترض حربي من مثله ثم دخل بالامان وجب رد ما عليه قال في المنتهى لان الاصل وجوب الرد ولا دليل على براءة الذمة منه قلت قد يقال ينبغي ان يكون ذلك اذا ترافعا الينا فان الحربي اذا قهره مسلم او حربي على ماله ملكه الان يعتذر بان هذا حق ثبت في الذمة على طريق التراضي بخلاف ما استولى عليه قهرا فيجب رده على كل حال وينبغي ايضا ان يكون كذلك كل حق ثبت في

الذمة على طريق التراضي وقد سبق في كلام المص نحوه وكذا لو تزوج امرأة وامهرها واسلما الذمي الزوج
المهر ان كان مما يملك والا القيمة قيد المص في المنتهى والتذكرة والتحرير اسلامهما بكونه معًا ومقتضاه انه لو
تاخر اسلامهما لم يكن لها المطالبة وصرح بهذا المقتضي في كتبه وكذا هنا وان لم يقيد اسلامهما بكونه معًا
وعلل الحكم الاخير بانها اهل حرب ولا امان لها على هذا المهر ولك ان تقول هذا حق مالي قد ثبت في الذمة مرّ
بطريق شرعي وقد استوفى عوضه فلا دليل على سقوطه ونفي الامان عنه لا يسقطه لسبق وجوب
الرد وقد سبق في كلام المص ما يقتضي ان الذي يسقط باسلام المديون ما كان غصبًا او اتلافًا لا ما كان
ثمنا وشبهه وقد صرح به الفاضل السيد عميد الدين في الشرح معللًا بان الثمن ونحوه لم يثبت في الذمة
الا على طريق التراضي بدفع العوض فيكون ثابتًا لعدم المسقط ولا لوارثها في المنتهى والتذكرة
والتحرير تقييد الوارث بكونه كافرا فان المسلم يجوز له المطالبة وهو مشكل على ما اختاره المص لان
المهر اذا سقط من ذمة الزوج لم يكن لاحد المطالبة به وكذا الاشكال في قوله ولو ماتت قبل اسلامه
او اسلمت قبله ثم ماتت طالبه وارثها المسلم لا الحربي لان المهر اذا سقط من ذمته لم يكن لاحد المطالبة
به وان كان باقيًا فالكل طالبه هو جميع من يقوم مقامه ولو امن الاسير من استاسره فهو
فاسد لانه كالمكره وكذلك تعويلًا على ما دلت عليه القراين ولو دخل الحربي بامان فقال له الامام
ان اقمت حكمت عليك حكم اهل الذمة فاقام سنة جاز اخذ الجزية منه في حواشي شيخنا الشهيد تقييد الحكم
بما اذا كان هذا من اهل الكتاب واستشكل الحكم في غيره من حيث انه لا يقر بالجزية الا الكتابي ومن العمل
بالشرط وعبارة التذكرة والمنتهى وكلام الشيخ ظاهر في مطلق الحربي وليس ببعيد لانه لو اتى الحربي
سنة واراد للمصلحة جاز فيجوز ان يشترط عليه مالًا ولو سمّيه ما عليه بالجزية لم يستلزم كونه جزية
حقيقة ليشترط كونه كتابيًا ولو قال له الامام اخرج الى دار الحرب فان اقمت عندنا صيرت نفسك ذميًا
فاقام سنة ثم قال اقمت لحاجة قبل قوله قال في المنتهى ولم يوخذ منه الجزية ثم حكى عن الشيخ قوة صيرورته خالفه
ذميًا لانه خالف الامام وفي هذا اشعار بكونه كتابيًا بشرط ان يكون كامل العقل الحر ويشترط
ايضا ان يكون مجتهدًا في احكام الجهاد لامتناع الحكم من غيره والاقرب اشتراط الحرية والذكورة فمن
عبارة الفريقان اي الامام خاصة دون اختيارهم خاصة المتبادر من العبارة انهم لو اختاروا من يكون
حكمًا فان كان المختار هو الامام وحده بان يرضى باختياره اوهم والامام جميعًا اشترطت الحرية والذ كورة
لان حكم العبد والمراة لا يجوز فلا يقع من الامام وان كان باختيارهم خاصة لم يشترطا وهو مشكل
لانه ان حكم العبد والمراة لا يجوز لم يفرق بين اختيارهم واختياره عليه السلم وكذا ان لم يجز لان تنفيذ

حكم لحق الامام

حكم من الامام عليه السلام لابد منه واطلاق عبارة التذكرة والمنتهى والتحرير يقتضي الاشتراط مطلقا وهو الاوجه وقد
ذكر الاصحاب انه لو رضوا بحكم مجهول لم يعينوه صح الرضا به ثم ينظر فان عينوا من هو بالصفات صح والا فلا وعين
من له اهلية الحكم ولعل المصنف اراد ان يبين ان تعيين الامام لا يكون الا من له اهلية بخلاف تعيينهم فانهم ربما عينوا
من لا يكون حكما عندنا وانه لا يصح كونه حاكما فجاءت عبارته دالة على غير المراد   فان مات احدهم بطل حكم الباقي قيل
لان حكم منوط براي الجميع لان الظاهر انهم لم يرضوا براي احدهم   ولو حكم بالجزية او باسترقاق من يسلم او قتل
الساقي على الباقي جاز لان الغرض اقتضاء المصلحة ذلك لا يقال الجزية مشروطة بالتراضي فلا ينفذ فيها حكم
الحاكم لانا نقول التراضي قد حصل لانهم رضوا بحكم الحاكم ونزلوا على حكمه   ولا يجوز استرقاق من اقام على الكفر
ويجوز المن عليه اي حين تحقق الحكم بقتل الباقي على الكفر والفرق انهم رضوا بحكم الحاكم والاسترقاق لم يحكم به
فلا يجوز لانه مخالف للحكم واما المن فلانه خير من القتل ورضاهم بالقتل يقتضي رضاهم بالمن من باب اولى ولان ن
فيه اسقاطا لما وقع الرضا عليه من القتل لا ايجاب شيء آخر ومثل الاسترقاق المفاداة   ولو من الامام
على بعض من حكم بقتلهم جاز يسال فيه عن شيئين احدهما ان المن قد وقع قبل هذا بغير فصل جوازه فاعا دنه
تكرار الثاني التقييد ببعض من حكم بقتلهم لا وجه له فان للامام ان يمن على الجميع لانه انما يفعل ما فيه
الغبطة للمسلمين ولفعل النبي صلى الله عليه وآله في بني قريظة وهذه عبارة المنتهى ولو حكم بالقتل وراى الامام
ان يمن على الرجال او على بعضهم جاز ولو وصل المصنف هذه الجملة بالفاء عوض الواو واسقط بعض لاندفع
السؤالان معا   ولو اراد الامام استرقاق الرجال لم يجز اي والحال انه قد حكم بقتلهم لان الاسترقاق لا يجوز
مع الحكم بالقتل ولو سقط بالاسلام فينتفي السبيل عنهم   فان عدم امانه واغفل نفسه جاز قتله لانه لا امان ن
له ولا شبهة امان ولو اعتقده امانا لم يبعد كونه شبهة فيرد الى مامنه ويقبل قوله فيه   والصبي والمجنون والعبد
والمرأة اتباع لا جزية عليهم وقيل يؤخذ الجزية من العبد ومختار المصنف هنا اقوى لان العبد مال ولا ملك له
وكلما يحصل فهو مال لمولاه ان قيل العبد مندرج في الآية قلنا بل خارج من قوله حتى يعطوا اذ لا يقدر على
شيء   ويسقط عن الهم على رأي الاصح للسقط للعموم وفي التفصيل بانه ان كان ذا راي او قتال اخذت
منه والا فلا قوة لاستثناء من لا راي له ولا قتال من الآية الشريفة لعلم جواز قتله الا ان الامر باخذ
الجزية منهم عام في باقي الاوامر ولا دليل على السقوط وبتقدير علم الاندراج في الآية فلا دلالة فيها على العدم م
ولا يسقط عن الفقير على الاصح للعموم   ولو كان يجن ويفيق الحق السقوط قوي الا ان يقال ان الجزية
يجب مقسطة على اجزاء الحول فيجب التلفيق والاقوى العدم للشك في المقتضي   فان بذلها صح كانت هبة
لا جزية في حواشي شيخنا الشهيد ما حاصله انه يعلم من هذا ان الهبة تصح باي شيء كان ولا يشترط فيها القبول قولا

قال الا ان يقال المراد بالبذل الاتيان بصيغة الهبة حملا لاطلاق الهبة على المعهود فيراعى شرائطها وكان تقول ان المراد
كونها بالبذل المذكور مع علمها بالحال خارجة من الجزية داخلة في قسم الهبة فان حصل الايجاب والقبول المملكان
ملكت والا افاد البذل الاباحة وليس غرض المص هنا بيان احكام الهبة بل غرضه بيان ان هذا البذل الخارج
بالمبذول عن كونه جزية لامتناعها من النساء لم يكن له باب الا الهبة لانه تبرع بمال فيجري عليه احكام الهبة وليس
من غرضه بيان كون البذل بمجرده كافيا في كونه هبة اولا وقد قال المص في المنتهى في هذه المسئلة بعد ذكر كونه
المبذول هبة ويلزم على شروط الهبة قال ويجوز لها الرجوع فيه فيما لها ان ترجع في الهبة ولو قتلنا
الرجال وسالت النساء ان يعقد لهن الامان لنقمن في دار الاسلام عقد لهن بشرط ان يجري عليهن احكا منا
لا كلام في جواز ذلك وبقي البلد الذي حاصرناه ممتنعا لا يمكن فتحه وكذا لو بعثن الينا من دار الحرب الى دار
الاسلام اما لو كن في حصن ونحوه وقتل الرجال وبقي النساء وطلبن ذلك فقد اختلف كلام الاصحاب فيه
فقال الشيخ يلزم عقد الذمة لهن على ان يجري عليهن احكام الاسلام ولا ياخذ منهن شيئا فقيل لا يجوز
اخذ الجزية منهن لو سالن ذلك وقال المص في التذكرة والمنتهى لا يجوز اقرارهن بحال وهي يتوصل الى فتح
الحصن ويسبين لانهن اموال المسلمين ولعله من المختلف موافقة كلام الشيخ وعبارة الكتاب تحتمل الامرين
والوجه ان الحصن ان امكن التوصل الى فتحه لم يجز عقد الامان للنساء لانهن مال والا جاز كما لو طلبت المراة او
النساء ذلك من دار الحرب ولا يجوز اخذ الجزية منهن على حال ولا فرق بين قتل الرجال قبل عقد الجزية وبعدها
في عدم اقرارها على النساء وقال ابو القاسم بن سعيد في الشرائع ان قتل الرجال ان كان بعد عقد الجزية
استصحب الحكم بالنسبة الى النساء والاصح ما هنا لعدم تعقل اخذ الجزية من النساء لانهن لسن من اهلها وفي
العبارة مسامحة لان ضمير بعدها يعود الى عقد الجزية وحقه التذكير ولو حاصرنا بلدا ولم يكن
فيه سوى النساء فسالن بذل الجزية ليسلمن من الرق لم يجب نفي الوجوب اعم من نفي الجواز بل ربما اشعر اختصا ر
ذكره بثبوت الجواز وهو مشكل مخالف لما اختاره المص في التذكرة نعم ان تعذر الفتح لم يتحقق المخالفة
وان اختلفا وقد مر اختياره لتعلقه بحقن دمه وسوق العبارة يدل على ان المراد باحتمالهما ارادة
السفينة العقد بها او الوطي خلافه ويوخذ الجزية من اهل الذمة عربا كانوا او عجما وقال ابن الجنيد ان
نصارى تغلب لا يوخذ منهم الجزية لما نقل من انهم تنصروا بعد مبعث النبي صلى الله عليه واله ولم يثبت
ولو ادعى اهل حرب انهم منهم قبل بذلهم الجزية اي من اهل الذمة وانما لم يكلفوا البينة لانه ربما تعذر
وتعسر الاطلاع على احوالهم الا من قبلهم ولقبول قولهم في دينهم الذي يدينون به ولو رجع بعضهم عن هذه
الدعوى لم يقدح في ذمة الباقين نعم لو اسلم منهم اثنان وعدلا ثم شهدا بخلاف دعواهم قبل فيغتالون ح

فان

فان قيل لم لا يحكم بكون ذلك شبهة قلت لان الامان انما وقع على تقدير شيء زعموه مع علمهم بعدمه فيكون نفي الامان
معلوما عندهم ولو ظهر قوم زعموا انهم اهل الزبور ففي تقريرهم اشكال ينشأ من تناول اوتوا الكتاب
لهم ومن ان المراد بالكتاب التورية والانجيل لا مطلقا ولانه المتبادر من الكتاب ما اشتمل على الاحكام لا نحو الزبور
فانه مواعظ خال عن الاحكام وقد نقل المصنف في المنتهى الاجماع على ان اللام في الكتاب الواقع في قوله من
الذين اوتوا الكتاب للعهد والمعهود هو التورية والانجيل ومثل الزبور الصحف ابراهيم والاصح عدم تقريرهم
لما قلناه وان سلم ان اللام ليس للعهد فالشك في صدق اسم الكتاب على الزبور مع قيام الدليل الدال على وجوب
قتل المشركين كاف في منع تقريرهم وكذا القول في صحف ابراهيم ونحوها قوله ولو ظهر قوم زعموا الخ
ليس على ما ينبغي لانه يعطي ان الاشكال اذا ادعوا ذلك وليس كذلك بل لو كان قوم اهل الزبور وتحقق
ذلك في تقريرهم اشكال وكانه اراد بذلك الاشعار بان مثل هؤلاء ليس لهم وجود ولا يعرف مثلهم
وان تهود اليهود والنصارى والمجوس لو دخل اباؤهم في هذه الاديان قبل مبعث النبي صلى الله عليه وآله
ربما يقال لا فائدة في التقييد بدخول الاباء بل هو مضر لان دخولهم قبل المبعث كاف ولا حاجة الى دخول
الاباء وعنه جوابان احدهما ان الكلام في اليهود والنصارى والمجوس الذين في ازمنتنا هذه وهؤلاء انما يتصور
دخول اباءهم في هذه الاديان قبل المبعث دونهم فلو اعتبر دخولهم امتنع تقرير هؤلاء الثاني ان دخول الاباء لما
كان كافيا عن دخولهم بانفسهم في تقريرهم دل على ان دخولهم كاف بطريق اولى فلولا انه قاله ولو دخلوا هم او اباؤهم
لسلم عن هذا السؤال وانما اعتبر ذلك لان الدخول بعد البعثة ونسخ الملة السابقة تبديل للدين وقال عليه السلام من بدل
دينه فاقتلوه ولا يرد ان الملل السابقة على ملة عيسى منسوخة فلا يقر بالدخول فيها قبل مبعثه صلى الله عليه وآله لانا
نقول الملل السابقة بالاضافة الى ملتنا بمنزلة ملة واحدة ولو دخلوا بعد التبديل قبل البعثة احتمل مطلقا لا نحطاط
درجة المجوس المقرين على دينهم عنهم والتقرير ان يتمسكوا بغير المحرف قوله مطلقا في مقابل التقييد بالتمسك بغير المحرف
والمراد بغير المحرف ما بقي بعد التحريف وما كان قبل ان يحرف لان مجموع ذلك هو الكتاب والمراد بالتمسك به
هو اعتقاد انه الحق عندهم ولا يضر عدم العلم به تفصيلا دون العمل به لان علم ذلك لا يخل بكونه دينا له ويحتمل ان
يراد بغير المحرف ما بقي بعد التحريف وهو بعيد لان عالم التصديق بالبعض بمنزلة عالم التصديق بالكل فما
ذكره من انحطاط درجتهم عن المجوس ليكون تقريرهم بطريق اولى توجيها للاحتمال الاول منظور فيه لان المقر بن
من المجوس لم يثبت دخولهم في دينهم بعد التبديل حتى لو ثبت ذلك جاء الاشكال في تقريرهم ايضا وينبغي
ابتناء المسألة على تحقيق معنى اوتوا الكتاب فان صدق حقيقة بالتمسك ببعضه التقرير والا فلا وكل هذا
رجوع الى تخمين فان دلائل القتل عامة والتخصيص يحتاج الى دليل ومثل هذا غير كاف في ثبوته فالارجح هو

الوجه السابق والتقرير ان يتمسكوا بغير المحرف ان اريد بغير المحرف ما بقي من الاحكام سليماً من التحريف وما كان منها
قبل التحريف ونحو ذلك فان التمسك بذلك تمسك بمجموع الكتاب وان اريد تمسكه بما بقي منها بعد التحريف خاصة فليس بجيد صح
لتضمنه انكار بعض الكتاب وهو جار مجرى انكار جميعه والمعتمد جميعه اعتبار التمسك بالمجموع والاقرب ان
الصابئون من النصارى والسامرة من اليهود ان كفرتهم لم يقروا وان جعلوهم مبتدعة اقروا وقد قيل ان
الصابئين من النصارى وقيل انهم ينسبون انفسهم من اليهود وقيل انهم من المجوس وقيل انهم يعبدون الكواكب
ويقولون ان الكواكب السبعة الهة وان الفلك حي ناطق وعلى هذا فلا يقرون بالجزية والذي اختاره المص
انهم من النصارى والسامرة من اليهود وانهم ان كان كل من الفريقين عند غيرهم كافرا لمخالفته له في الاعتقاد
لم يقروا بالجزية وان كانوا عندهم مبتدعة لا يخالفونهم في اصل الاعتقاد فهم منهم حقيقة يقرون بالجزية
لكن قد يقال ان المرجع في ذلك ان كان الى اليهود والنصارى اشكل من حيث ان الاقدام على قتلهم بقول
الكفار الذين لا يؤمنون مما يخالف اصول المذهب والاطلاع على حالهم الا من قبلهم عزيز ولو قيل باخذ الجزية
منهم تعويلاً على ما نقل من كونهم من النصارى واليهود الى ان يعلم تكفيرهم اياهم وعدمه او رجوعاً الى اخبارهم
عن انفسهم بذلك وبانهم لا يكفرونهم لكان وجهاً لان دعوى من ادعى انه من اهل الجزية مسموعة ما لم يعلم خلافها
والاقرب تقرير المتولد بين الوثني والنصراني بالجزية بعد بلوغه ان كان ابوه نصرانياً والا فلا اما اذا كان الاب
نصرانياً فلا بحث لثبوت تبعيته واما اذا كانت الام نصرانية خاصة فيشكل الحكم لتحقق كافر بها والولد يتبع
اشرف الطرفين وقد ليست الام من اهل الجزية والاب وثني فلا مقتضى لتقريره بها قلنا ثبوت التقرير بالجزية له
ليس بتبعية الام بل بكونه نصرانياً من اهل الكتاب وتبعيته لها ثابتة فيكون تابعاً لها في الدين وقد افتى المص
بما اختاره هنا في كتبه كالتحرير والتذكرة والمنتهى والذي يسبق الى النظر عدم الفرق بين الاب والام في
التبعية في الدين وكون الام لا جزية عليها غير قادح لان المانع من جهة كونها امرأة لا من جهة الدين
وقوة هذا الوجه ظاهرة ولو تولد نصراني وله ولد ففي زوال التنصر عنه نظر الاصح لا يزول لان استصحاب
ما ثبت الى ان يعلم المزيل لازم ويصح العقد موقتاً على اشكال الاصح الصحة نظراً الى ظاهر قوله تعالى
حتى يعطوا الجزية فان غاية القتال اعطاؤها والاصح تعليقه بمشية الامام على اشكال من انه ليس للامام
الابتداء بالنقض ومن حيث الشرط المراد ان الامام غير ممنوع كون العقد موقتاً بمشيته اذ لا مشية له
فيه نظراً الى انه لازم من طرف الامام فان الجزية اذا بذلها الذمي وجب قبولها ومتى كان لازماً من طرفه
لم يكن له رفعه ولا نقضه فانتفى كونه بمشيته فامتنع تعليقه بها لان اشتراطه ينافي مقتضى العقد
ويمكن ان يقال ان تعليقه بمشيته استقلالاً من دون رضا الكافر مخالف لمقتضى العقد لا تعليقه بها

مع رضى الكافر بذلك لان غايته تفويض المشية اليه والمشية فيه ثابتة للكافر وتفويضها امر ممكن لانه فعل ه
قابل للنيابة فيجوز او ما اورد لكم الله الصواب او ما اورد لكم بعض وكذا الادغام ولم الحجة على راى له ذلك ولا مانع
منه واطلاق الآية يتناوله وان كان بعد الحول على راى هذا هو الاصح لامتناع اخذ الجزية من المسلم ولان الاسلام
يجب ما قبله فان اقاموا عندنا منه اهل الجزية الفرق بين هذا وبين ما اذا عقد واحد من المسلمين ان العا قد
هناك اهلية العقد فيتوقف رضاه بخلاف ما هنالك ويشترط ان تكون زائدا على اقل ما يجب عليهم من الجزية زائدة
ولو اقتصر على الضيافة لما اشترطت الزيادة ليتحقق الامران اعني الجزية والضيافة معا التي هي مشروط على ه زايدة م
الجزية وبه صرح الشيخ في المبسوط والمتاخرون ولان مصرفهما مختلف كما سياتي وان تكون معلوم المقدار
بان تعين عدد الايام لها لان الجهالة مانعة من المطالبة بمقدار معين ولقائل ان يقول اذا جاز ضرب الجزية
مجهولة فليجز ضرب الضيافة كذلك لانها جزية او شرط الجزية ولا ظفر في ذلك بشيء نفيا ولا اثباتا ولا يتقدر الضيافة
بثلاثة ايام على الاصح اتباعا للشرط وقوله عليه السلام الضيافة ثلاثة ايام محمول على الضيافة المعتادة وتلك لا اشتراط
فيها وقدر القوت والادم وعلف الدواب وجنسه اي جنس كل واحد من ذلك وينبغي ان تكون النزول في
فاضل بيعهم وكنايسهم ومنازلهم اي فيما فضل من حاجتهم من هذه المذكورات وهذا على طريق الاستحباب على
الظاهر فيجوز النزول مطلقا نعم لا يجوز اخراج ارباب المنازل على حال ويرفعون بتوسيع ابواب الكنايس
وتعليتها ... من سبق الى منزل فهو اولى به اي وحين ضيق المنازل عن الجميع وجه الاولوية انها كالرباط
لاستواء المسلمين في جواز النزول فيها فمن سبق الى منزل كان اولى ولو قام وترك متاعه مريدا للعود فالاولى به
بحالها وقال الشيخ يقرع والاصح الاول اما لو جاؤوا دفعة فالقرعة مع الضيق فلو قدر على الغنى قدرا ثم
علم انه غير واجب لم يكن له الرجوع الا ان ينبذ العهد ثم يرجع الى بذل الاقل اي اذا كان تقدير الجزية بحسب
ما يراه الامام على اختلاف الاوقات فلو قدر على الغني قدرا ثم علم الغني ان ذلك القدر غير واجب في شرعنا بالا صالة
فيمكن عقد الذمة على اقل منه لم يكن له الرجوع عنه الى بذل الاقل لتحقق الاقل المشتمل على اشتراط ذلك المقتضي لوجوبه
الا ان ينبذ العهد وينقض العقد فان له فسخه لانه غير لازم من طرفه ثم يرجع الى بذل الاقل ولقائل ان يقول اذا
كان تقدير الجزية براى الامام وبحسب ما يراه فليس للكافر الفسخ والرجوع الى الاقل لانه قد راى تلك القلة
لانه المفوض وجوابه ان التقدير منوط هنا منوط براى الامام لا من طرف الكافر بناء على انه متعهد لها ومنه لم
لو بذل الكافر الذمي من اول الامر جزية قليلة وجب قبولها اذا صلح المبذول لكونه جزية وامتنع الكافر مما سواه
وللامام المماكسة اذا اقتضتها المصلحة رعاية لمصلحة المسلمين فان امتنع الكافر مما سواه من بذل الزيادة اصلا
وجب قبول الاقل وفي كون الجزية مقدرة ام لا اقوال ام لا تقديرها كثرة وقلة بل تقديرها في طرف القلة ح علم ه

التقدير مطلقاً وكونها بحيث لا نعلم الكافر بقدرها الذي هو معنى الصغار عند بعضهم ينافي الاول واعلم ان شيخنا الشهيد
قال في حواشيه ان هذا الحكم انما يتم على تقدير الجزية اما على عدم التقدير فانه بحسب ما يصفه الامام وليس بجيد نظراً الى
ان سوق العبارة يقتضي تفريع هذا الحكم على عدم التقدير ثم انه لا يستقيم في نفسه ايضاً على التقدير لانه على هذا لا
يسوغ له الرجوع الى الاقل وان بذل الذمي الاقل يحمل على ان لا اقل للجزية مقدراً ويحقق الامام بالزيادة منه لم يعلم
الكافر علم وجوب الزائد وفيه ما لا يخفى ولو مات في اثناء السنة فالاقرب السقوط بالكلية لعدم العلم
بوجوبها بحصول اجزاء الحول شيئاً فشيئاً المقتضي للشك في وجوب بعضها ببعض الحول فالاصح السقوط
ويقسط التركة بينها وبين الدين لانها دين ولا فرق بين كونها مضروبة على الرؤس وعلى الارضين لان ضربها
على الارض ضرب مقابلة وليس مقتضاه ان تؤدى منها ينبغي ان يكون عدد الضيفان على الغني اكثر هذا الحكم
على الاستحباب لان الجزية منوط تقديرها برأي الامام فلو رأى خلاف ذلك جاز لكن قد يقال ان كان عدم التسوية
رأى تقدير العدد على الغني اكثر باقتضاء المصلحة لم يجز مخالفته فلا يكون مستحباً بل واجباً ويمكن الجواب بانه
مع اقتضاء المصلحة العقد مطلقاً يستحب له التكثير على الغني ولا فرق بينه وبين الفقير بجنس الطعام لان الفرق
بالقدر كاف في التفاوت ولا يختلف الحال على المسلمين في طعامهم ولا يحتسب الضيافة من الدينار لعل المراد ان
الضيافة لا يكون محسوبة من مال الجزية الذي يؤدى بالدينار وفي حواشي شيخنا الشهيد حمل ذلك على تقدير الجزية
بالدينار وفيه بعد لانه قد سبق في كلامه انه لا مقدر لها سوى ما راه الامام ويختص الدينار باهل الفي
والضيافة مشتركة الى هذا ايضاً كالذي قبله وقد يستفاد من هذه العبارة والتي قبلها مغايرة الجزية للضيافة
مع انه قد سبق في كلامه جواز الاقتصار عليها ويجاب بانه قد سبق ايضاً وجوب زيادتها على مقدار اقل
الجزية ليتحقق الامران معاً فان الجزية لا تختص بنوع من الاموال كالنقد مثلاً بل كل ما يعطيه الكافر بالأهل
الصغار ان جعلنا عدم علمه بالمقدار لم يجب الاهانة وقد يناقش في ذلك بان يكون الموجب للاهانة شي آخر
من شي من المنقول في السنة ونحوه والا فالاقرب الوجوب مقتضاه انا اذا لم نجعله عدم العلم بالمقدار
يجب الاهانة وليس بظاهر لانا اذا لم نقل بذلك يمكن ان يقول بانه جريان احكامنا عليهم كما هو قول المبسوط
فلا يظهر ما قاله ولو تم له ذلك بان يكون هو مدلول الآية على هذا التقدير فلا معنى لقوله فالاقرب فان قيل فاني
فسرنا الصغار باجراء احكامنا عليهم فالدليل على وجوب الاهانة وان فسرناها باهانتهم فاي دليل على اعتبار
جريان احكامنا عليهم قلت اعتبار جريان احكامنا عليهم اي مجمع عليه والظاهر من الآية اعتبار الاهانة
وهو ما عليه اكثر المفسرين ويمكن ان يعتذر بان المراد اذا فسرناه بعدم علم المقدار فلا شبهة في عدم دلالة الآية على
الاهانة فلا يجب الاهانة بمقتضى الآية وان لم نفسره بذلك احتمل ارادة احد الاقوال وهو الاقرب عند المص

الثالث حكم العقد

وح فلا خلل في العبارة لو طلبوا اداء الجزية باسم الصدقة ويزيدون في القدر الخ وهل يبقى وجوب الاهانة بحاله
ان قلنا به ظاهرهم العدم لان بذل الزيادة للتخلص من الاهانة وهل يتعين الثنين والرفض فيه نظر والاقرب
هنا هو ص في الجزان مراعاة المصلحة الاصح اذ ليس ذلك زكاة بالاصالة فيعتبر اغبط الامرين للمسلمين لو خرقوا الذمة في دار
الاسلام ردهم الى مامنهم اى جواز ابلاغهم قوله وهل له قتلهم الخ بعد له قتلهم واسترقاقهم ومعاداتهم فيه نظر الاظهر
وجوب ردهم الى مامنهم عملا باستصحاب الحكم السابق الا ان يقاتلوا المسلمين او يقتلوا منهم او يسبوا الله او رسوله ونحو
ذلك فلو شرط الدوام في الجزية لم يعتبره الثاني ان قيل قد يقتضي المصلحة التغيير فيجب ان يجوز قلنا انما اشترط
الامام دوام مع علمه بعدم اختلاف المصلحة لانه معصوم بخلاف ما لو اطلق وليمنع من جادة الطريق هذا
مع استطراق المسلمين لا مطلقا والمراد منعه من صدر الجادة ليضطر الى جانبها فيضيق عليها ويجب لهم
بعقد الذمة وجوب الكف عنهم اى يثبت لهم وجوب ذلك وان يعصمهم بالضمان نفسا ومالا اى وان يعصمهم
العقد او الامام بدليل السابق والمراد بقوله بالضمان اى ضمان كل منهما على من يتلف واحدا منهما فان ضمانهما
موجب للعصمة في كل منهما ونصبهما في العبارة على التمييز للنسبة في يعصمهم ويمكن ان يكون معناه وان يعصمهم في
النفس والمال بضمانهما الحاصل بالعقد لانه يصير دماؤهم واموالهم كدماء المسلمين واموالهم ولو ترافعوا الينا في
خصومة بينهم تخير الحاكم بين الحكم بشرع الاسلام وردهم الى اهل نحلتهم ليحكموا بمقتضى شرعهم بتعين الحكم في مواضع
آ اذا كان احد الخصمين مسلما فانه لا يجوز اجراء حكم الكافر على المسلم وظاهر قوله ولو ترافعوا قد يشعر بذلك
ب لو تحاكموا الى حكامهم فقضوا عليهم بالجور فترافعوا الينا وجب الحكم بشرع الاسلام وفي رواية هرون بن حمزة
عن ابي عبد الله عليه السلم ما يومي الى ذلك ج لو كان المتحاكمان من اهل ملتين ولم يرضيا بحاكم من احدى الملتين
حذرا من وقوع الفتنة فان الدفع عنهم واجب علينا د اذا كان المتحاكم فيه عدوانا عندنا لا عندهم كما
لو اتلف احدهم خمرا او خنزيرا على آخر منهم في حال التظاهر فانه لا شيء على المتلف عندنا فلا يجوز الرد
اليهم ليقضوا بالغرم في هذه الحالة لان الاتلاف واجب ه اذا فعل احدهم ما يوجب العقوبة عندنا
خاصة في حد او تعزير لم يجز الرد اليهم لئلا يعطل حد الله نعم لو اتفقت الملتان في ايجاب شيء جاز الرد
ولا عبرة بالاختلاف في الكم او الكيف ولو انفردوا ببلدة بعيدة عن بلاد الاسلام ففي وجوب دفع من يقصدهم
من الكفار اشكال ينشأ من ظاهر قوله عليه السلم وبايديهم كدمائنا واموالهم كاموالنا ومن عدم صراحته في
الدلالة وانتفاء الضرر عن المسلمين اذ ليسوا في حوزتهم وبلادهم ولما في جمع العساكر واثارة الحرب من الضرر
العظيم والوجوب احوط ومثله ما لو كانوا في بلدة بين بلاد الاسلام وبلاد الكفر ولو شرطناه وجب
ولو شرطنا عدم الذب لم يجب اى والحال انفرادهم ببلدهم بعيدة كما انا لو شرطنا عدم الذب مع القرب

بطل لنا فانه مقتضى العقد في بلدة مصرها المسلمين مثل الكوفة والبصرة وبغداد ولا في بلد ملكناها منهم قهرا او صلحا اي على ان الارض للمسلمين وعلى رقابهم الجزية بدليل ملكناها ولهم الاستمرار على ما كان في الجميع اي حتى في التي مصرها المسلمون بان كانت الكنيسة مثلا في فلاة ثم دخلت في خطة بلد المسلمين كما نبه عليه فيما بعد ولزم المتهدم منها وهي المشرف على الانهدام ومثله المتهدم لامتناع بقاء البناء مدة طويلة من دون اصلاح ومرمة منه

ولو صالحونا على ان الارض للمسلمين ولهم السكنى وابقاء الكنائس لجاز هذا كالبيان لما سبق اجماله ولهم الاستمرار على ما كان في الجميع فان منه الارض التي ملكناها بالصلح ومقتضى ذلك الاستمرار مطلقا فينبه لهذا لو صالحونا على ان الارض لنا وان يحدثوا كنيسة مثلا قال في التذكرة جاز لان لهم استثناء الارض كلها فبعضها اولى وهو قريب ولو اطلقوا احتمل النقض لانا ملكنا الارض وهو يقتضي صيرورة الجميع لنا هذا بحسب ظاهر اللفظ لكن القرائن الحالية دالة على استثناء موضع عباداتهم لامتناع بقائهم عادة من دون موضع لعبادتهم اذ ليس في ملتهم العبادة حيث اتفق كما امتنع بقاؤهم في تلك الارض من دون مسكن فما دل على استثناء المسكن دل على استثناء موضع العبادة وعدمه عملا بقرينة حالهم الخ وهو الاصح نعم لو انهدمت في العادة نظرا اي انهدمت كلها كما هو ظاهر اللفظ وان كانت عبارة الشارح ولد المص قد يوهم خلافه وينشاء النظر من انها كنيسة قد استثنيت فيكون اعادتها كابقائها ومن ظاهر قوله عليه السلم لا كنيسة في الاسلام وهو اقوى ويفرق بين الابقاء والاعادة ولا يلزم الاستثناء مطلقا المناصي للابقاء دون غيره ولا يجوز لهم توسيع خطتها لانه كنيسة محدثة وفي المساواة اشكال الاصح لا يجوز لظاهر قوله عليه السلم الاسلام يعلو ولان الذمي ماخوذ بما فيه الذلة والاهانة وما قيل من ان اول الحديث يدل على منع المساواة واخره يدل على جوازه ليس بشيء لان اوله يدل مطابقة واخره يشعر بمفهوم الضعيف ومثل هذا كيف يعارض دلالة خصوصا مع التصريح في اوله بمنع المساواة بل بناء محلة المراد به بناء جيرانه عرفا فلو باعها المسلم فالاقرب اقرارها على العلو ان لو باعها المسلم من ذمي تركه لظهوره ووجه القرب عدم الظلم استصحابا لما ثبت للمسلم وهو الاصح ولو انهدمت لم يعد مطلقا لم يجز ان يعلو في الاعادة المراد بالاطلاق كون الارتفاع فيه او يحتمل فاما لم يحتمل الارتفاع بناء للذمي والارتفاع الاول انما ابقي لانه بناء المسلم بحرمته فاستصحب حكمه وربما احتمل الجواز لثبوت استحقاق ابقائه ولا وجه له لان استحقاق ابقائه لا من جهة كونه حقا للكافر بل من جهة كون البناء محترما من حيث انه كان للمسلم وهو منتف هنا ولا يلزمهم اخفاء العمارة لا ان يتولى داخل الجدار اذا اشرف على الانهدام جدارا اخر ولا يكون بها البلاء تحت الارض علم استيطان الحجاز والمراد به مكة والمدينة وكذا الطائف ومخاليفها ونواحيها وانما سمي حجازا لانه حجز بين نجد وتهامة وهي بكسر التاء من ارض معروفة وراء مكة حتى قيل يقال لمكة تهامة

احمد

هي داخلة في جزيرة العرب لان حدها من عدن الى ريف عبادان طولاً وعدن بلد في اليمن والريف هي المزارع ومواضع
المياه وعبادان جزيرة يحيط بها شعبتان من دجلة والفرات ومن تهامة وما والاها الى اطراف الشام عرضاً
وانما كانت هذه جزيرة لان بحر الهند الذي هو بحر الحبشة وبحر فارس والفرات ودجلة محيطة بها وانما نسبت الى العرب
لانها منزلهم ومسكنهم ومعدنهم وقيل بحرها سطانهم بجزيرة العرب كلها لشرفها بكونها منزلاً للعرب الذين منهم
النبي صلى الله عليه وآله وقد روي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وآله اوصى باخراج المشركين من جزيرة العرب وقال صلى الله
عليه وآله لا يجتمع دينان في جزيرة العرب وحمل ذلك المص على ارادة الحجاز لشرفه لمبعث النبي صلى الله عليه وآله وانه
لولا ذلك لوجب اخراج اهل الذمة من اليمن وليس بواجب ولم يخرجهم عمر ويشكل بان المتبادر من جزيرة العرب جميعها
دون الحجاز خاصة وفعل عمر بعيد ان يكون حجة ولو دفن به نبش ضرورة في عبارة المبسوط لم يخرج للنهي عن النبش
وهو ضعيف الرابع جميع ما تقدم من الشرايط في اول الكتاب وما عداه يرد الا ما منه قد سبق التردد في ذلك
للص فرجع عنه هنا الى الجزم بعدم الاغتيال وينتقض بالقتال وبما سبق ذكره وتحمل القتال لان جهل قذف
النبي صلى الله عليه وآله القتل هنا اظهر وقوله بعد لان قذف النبي ارتداد الخ ليس بشيء لانه ارتداد وموجب لان
للقتل فاذا اسقط احد الحكمين بالاسلام لم يلزم سقوط الآخر بل يبقى كما كان ولعدم استلزامه لم يجب شيء اصلاً ولا
ثمانون لعدم المقتضى له اصلاً في المهادنة وهي المعاهدة على ترك الحرب مدة من غير عوض هذا القيد الاخير المراد
منه ان المهادنة مبنية وموضوعة على عدم العوض وان جاز اشتراطه واراد به انه ليس كالجزية من شرطها العوض
فيجوز بعوض لانه شرط سائغ لا ينافي مقصود المهادنة فيجوز اشتراطه للعموم والجنة مع حاجتهم اليها
في التذكرة والمنتهى انها لا تجب بحال لعموم الامر بالقتال او لفعل الحسين صلوات الله عليه وجوابه ظاهر فان الامر
بالقتال مقيد بمقتضى لا تلقوا بايديكم الى التهلكة واما فعل الحسين صلوات الله عليه فانه لا نعلم منه ان المصلحة كانت
في المهادنة وتركها ولعله عليه السلم علم انه لو هادن يزيد لم يف له او ان امر الحق يضعف كثيراً بحيث يلتبس على الناس
مع ان يزيد لعنه الله كان متهتكاً في فسقه معلناً بالمخالفة الذين عن مذاهب كان معاوية لعنة الله عليهما ومن هذا شأنه
لا يسع ان يرى امام الحق وجوب جهاده وان علم انه يستشهد على انه عليه السلم في الوقت الذي تصدى للحرب لم يبق
له طريق الى المهادنة فان ابن زياد لعنه الله كان غليظاً في امرهم عليهم السلم فربما فعل بهم ما هو فوق القتل اضعافاً
مضاعفة او لرجاء اسلامهم مع الصبر في ادخال هذا القسم في الحاجة مناقشة بل هو مما فيه مصلحة الصلح وبالجملة
ينبغي انهم الا ان تظهر علامات ارادتهم الاسلام بحيث يغلب على الظن ذلك فانه يبعد القول بجواز قتالهم ح.
او ما يحصل به الاستظهار اي او لرجاء ما يحصل به الاستظهار بان يكون في المسلمين قوة وفي المشركين الضعف
بالمهادنة بتجدد ضعف للمشركين او قوة للمسلمين وان لم يكن حاجة ولا ضرورة لم تجب الاجابة وقد يقال قوله فان لم يكن

حاجة معين عن قوله والمضرة وانما يتولاها الامام او من نصبه لذلك او ما يحضره اى لامر عام دخل فيه
والتظاهر بالمناكر واعادة المهاجرات تقدم الاستثناء على هذين الامرين دليل على علم جوازهما مطلقا بخلاف ما
قبلهما فانه يجوز مع الخوف واما اعادة المهاجرات فلا يجوز على حال لورود القرآن بالمنع منه وينبغي ان يكون من لا يؤمن
ان يفتنوه عن دينه كذلك وبه صرح في التحرير واما التظاهر بالمناكر فقد عده في المبسوط من الشروط الفاسدة
وعد من جملتها رد من جاء منهم مسلما واطلق وقد يقال ان الضرورة لو دعت الى اشتراط اظهار المناكر لم يكن اعظم
من رد من جاء منهم الينا مسلما ولو انعكس الحال لم يجز الزيادة على سنة الى لا وجه ان يقال لم يجز الى سنة فان الآية
يدل على وجوب الجهاد في السنة ولو جازت المهادنة سنة لانتفى الجهاد فيها وهو غير جائز مع الامكان وبه صرح
شيخنا في الدروس فلا ويتعذر الهدنة بما دون السنة فراعى الاصلح وفي المبسوط لا يجوز الى سنة وزيادة
عليها بلا خلاف لقوله فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فاقتضى ذلك قتلهم بكل حال الى ان
قال فاما اذا كانت المدة اكثر من اربعة اشهر واقل من سنة فالظاهر المتقدم يقتضي انه لا يجوز وقيل انه يجوز
مثل مدة الجزية وهذه العبارة تقتضي مساواة ما فوق الاربعة للسنة وهو ضعيف بل الحق ان ما دون السنة كالاربعة بعد
لان القتال بعد الاربعة غير متحتم بل يجب كونه في السنة مرة كما سبق اما السنة فلا يجوز الا مع الضرورة وفيما
بينهما خلاف اقربه اعتبار الاصلح عبارة المبسوط يشعر بعدم جواز ما فوق الاربعة ومختار المص اقوى لما قلناه
ولو عقد مع الضعف على ازيد من عشر سنين بطل الزائد لان ما زاد عليها لا يجوز لان النبي صلى الله عليه وآله
ان صالح على العشر في الحديبية ومال في التذكرة والمنتهى الى الجواز مع الضرورة وليس بذلك البعيد فبناء على
الاول يبطل الشرط خاصة والمتجه بطلان الشرط والعقد جميعا لان التراضي انما وقع عليهما ولو اطلق بطلت
الهدنة اذ لا شيء يمكن الرجوع اليه الا ان يشترط الخيار لنفسه في النقض متى شاء فانه يجوز لان التراضي اذا وقع
على ذلك كان في الحقيقة بمشية الجميع اعني الامام والمشركين ولا مانع من ذلك لان الجهالة ينتفي ح وليس هذا من العقود
التي يمنع من صحتها الغرر الى ان تصدر منه خيانة وعلم بها فان لم يعلم انه خيانة فسدت ولا يغتال الظاهر
ان الضمير وعلموا يعود الى المسلمين اى وتحققوا انها خيانة في اغتيال المشرك وان لم يعلم ذلك ويتحققوا وجب ابلاغه
مأمنه ولم يجز اغتياله واحتمال عود الضمير الى المشركين بعيد فان توجيه صرفه منه وبناء ولا يغتال باتى ذلك ولا
يجوز بذل الجزية بمجرد التهمة وفرق بينهما بامور ان عقد الذمة لمصلحة اهل الكتاب ولهذا يجب على الامام اجابتهم
اليه وعقد الهدنة والامان لمصلحة المسلمين لا لحقهم فافترقا وفيه نظر فان عقد الذمة ايضا لمصلحة المسلمين
ولهذا لو كانت فيه مضرة للمسلمين لم يجز عقدها ولو فرق بان لاهل الكتاب في عقد الجزية حقا بخلاف الهدنة فانها
لمحض مصلحة المسلمين فما دام لا يظهر المقتضي لنبذه يجب التمسك به لوجوب اجابتهم مع عدم ظهور المفسدة لكان

اوطى

اوجب ب ان عقد الذمة آكد لانه عقد معاوضة وهو مؤبد بخلاف الهدنة والامان ومما يدل على تاكيده انه لو نقض بعض
اهل الذمة وسكت الباقون لم ينتقض عهدهم ولو كان في الهدنة انتقض صرح به الاصحاب ومنهم المص في المنتهى والتذكرة
وتابعه في الفرق عن ظاهر ج ان عقد الهدنة منوط بحال الضرورة ومع خوف الخيانة فالضرورة تقتضي عدمه بخلاف
عقد الجزية د ان اهل الذمة في قبضة الامام ولا يخشى الضرر كثيرا من بعضهم بخلاف اهل الهدنة كذا ذكروه ولعله
لكون الجزية انما يرضى ببذلها المشركون بعد كمال الضعف لان الصبر على الصغار وتحمل الاهانة وعدم ركوب الخيل ولبس
السلاح ونحو ذلك وبذل مال الجزية عن معلوم المقدار امر شديد لا يصبر عليه عن قوة يد فان قلت قوله تع واما تخافن
من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء صالح لاهل الذمة ايض قلنا لما كان قبول الجزية من اهل الذمة واجبا ما بذلوه لقوله
تع حتى يعطوا الجزية عن يد وجب ان لا يثبت جواز النقض هنا لا بتحقق السبب والعادة ان شرط رد من
جاءنا منهم عليهم الماء غير بالعادة لانه قد وقع ذلك في فعله صلى الله عليه وآله في صلح الحديبية ومن لا يومن
ان يفتن عن دينه اذا جاء مسلما فله عشيرة لا بد من التقييد بضعفها ايض وتمثيله من كثرت عشيرته ولا بد فعوى عند
والذي ينبغي ان لا يراد بفتنته عن دينه رجوعه عنه فانه لو كان قوي الايمان شديد البصيرة لا عشيرة له ولا يستطيع
اظهار دينه لا يجوز رده بل يراد فتنته عن دينه ظاهرا فان بلاد الشرك لا يجوز الاقامة لمن لا يقدر على اظهار دينه
فلا يجوز اشتراط اقامته واعلم ان المراد بالعشيرة والرهط هنا واحد وهم قرابته الادنى والابعد فان طلبها زوجها
لح لا بد من تقييد الطلب بكونها في العدة لما سياتي من التنبيه عليه ولو كان المهر الذي دفعه اليها محرما كالخمر وشبهه
او لم يكن قد دفع اليها شيئا لم يدفع اليه شيء ولا قيمة المحرم اما الاول فلما سبق من ان المحرم يسقط عن ذمة الحربي اذا اسلم
كما لو اسلم دافعه ولا يثبت قيمته في دينه واما الثاني فلقوله تع وآتوهم ما انفقوا ومن لم يدفع شيئا لم ينفق شيئا لان
المراد هو المهر خاصة ولو جاء اب الزوج او اخوه وشبهه لم يدفع اليه شيء ايضا لان الطلب طلب الزوجة حق للزوج
خاصة هذا اذا لم يكن احدهم وكيلا له فان طلب وكيل الزوج طلب الزوج بخلاف طلب احد من اقاربه او اقاربها
لو قدمت غير بلد الامام عن الامام وعن جماعته لم يدفع اليه شيء سواء كان المانع العامة او رجال الامام لكن الد فع
من سهم الامام المصالح ببيت المال انما هو الى الامام ونائبه وليس للباقين في ذلك دخل فلا يتوجه الامر بالدفع اليهم
ويجب عليهم المنع لان ذلك من جملة المعروف الواجب فيجب الامر به فان تمكين الكافر من المسلمة عن جانبه لو
قدمت مجنونة او عاقلة فجنت لم يجب الرد لجواز تقدم اسلامها ينبغي ان يراد بعدم وجوب الرد تحريمه لان الاحتمال كاف في
المنع فيه استصحاب للحال يقتضي بقاء كفرها فيجب الرد قلنا شرط الرد كونها كافرة وتحقق الاسلام مانع فلا يكفي ح
استصحاب الكفر لان الاستصحاب لا ينافيه الاحتمال وهو مناف لجواز الرد نعم لو كان شرط الرد الحكم بكونها كافرة
لزم ذلك وليس كذلك بل الشرط العلم بكونها كافرة بعد الامتحان المامور به في الآية وذلك متعذر الا بعد الافاقة

وان اسلمته لم يجب اى ان اسلمته تقدم الاسلام لم يجب دفع المهر لانتفاء الشرط او السبب وهى الحيلولة بالاسلام
لو قدمت صغيرة ووصفت الاسلام المراد انها نطقت بما يقتضيه وعبر بالوصف لان الاسلام متعذر فى حقها
فلم يبق الا نطقها بالفاظه الذى هو عبارة عن وصفها اياه ورد عليه المهر للحيلولة اى للحيلولة المعهودة وهى حيلولة ل
الاسلام بينه وبينها لان اسلامها هو الذى جعلها بعد الارتداد بحكم المسلمين بمعنى ان كثيرا من احكام المسلمين يجرى
عليها وان مات احدهما بعد المطالبة الخ لاستحقاق بالمطالبة ولو كان رجعيا فراجعها اعاده المطالبة
اشترط المراجعة فى المطالبة لانه بعد الطلاق لا يستحق المطالبة بها لان الطلاق يوجب التفريق والمباعدة وان كان
رجعيا فكيف يستحق معه المطالبة قبل لم لا يكون المطالبة رجعة قلنا لا دلالة لها على ذلك الا بضميمة خارجية فان تحققت
امكن القول بانها رجعة لانها حينئذ كناية فجاء زوجها واسلم فى العدة الرجعية فى تسمية هذه العدة رجعية مجاز من
حيث ان الزوج لو اسلم فيها لكان احق بالزوجة فكان اسلامه قبل العدة رجعة او من حيث انه لو وقع الطلاق
فى مثل هذه لكان مستحقا للرجعة والاول اولى فانها لو كانت مطلقة باينا عندنا مثلا ثم اختلف الدين لكان ٥
احق بها اذا اسلم فى العدة فان عدة اختلاف الدين لا ينقسم الى البائن والرجعى ودل باسلامه فى العدة على انها لو
لم تكن ذات عدة كغير المدخول بها ليست كذلك فانها تبين بمجرد اسلامها والا فلسيده اى ان لم يكن الزوج
حرا فالمطالبة بالمهر لسيده لان المال حق للسيد لانه لكن لا يدفع اليه الا اذا احضر الزوج وطالب بالزوجة لانه
للحيلولة بينها وبين الزوج فاذا احضر الزوج وطالب ثبت المطالبة بالمهر للمولى فيعتبر حضورهما واختاره فى
التذكرة وقال فى المنتهى وعندى فى وجوب رد مهر الامة نظر قلت ينشأ من عموم الآية بالامر بالرد ومن ان ايتاء
العبد غير ممكن ارادته لانه لم ينفق شيئا ولا يملك شيئا وسيده ليس زوجا وقد يرجح الوجه الاول بانه ليس فى الآية
تعيين الايتاء للزوج وانما يعلم ذلك من خارج فان قيل فيلزم وجوب الدفع الى السيد لمجرد مطالبته لان الانتفاء ق
من ظاهر الآية يقتضيه قلنا قد وقع الاتفاق على اشتراط المطالبة بالزوجة فى العدة فى وجوب دفع المهر فذلك
حق للزوج الا للسيد فلا بد من تحققه ولا ريب ان الوجوب اقوى واما سيدها فلا يرد عليه قد يقال ما سبق من الحكم
بحريتها يغنى عن التعرض اليه لم يحكم الا باعترافها او بشاهدين عدلين لان النكاح لا يثبت الا بشهادة عدلين
وقيل انه يثبت من طرف المراة بما يثبت به المال لو شرط اعادة الرجال مطلقا بطل الصلح يحتمل ان يريد بقوله
مطلقا وقوع الشرط مقيدا بالاطلاق الذى يقتضى عموم الاعادة سواء كان للمعاد فيه منعة ام لا ويحتمل ان يراد
به وقوع الشرط على الاطلاق اى مع اعراض الفقيه بان شرط اعادة الرجال ولم يقيد بمن يؤمن افتتانه ومن لا يؤمن
ولا ريب فى البطلان فى الاول لانه صريح فى تناوله من لا يجوز اعادته واما الثانى فيمكن القول بصحته وان كان
ظاهره يتناوله لان اطلاق العقود انما ينزل على الصحيح منها دون الفاسد والبطلان قوى نظرا الى ان الرجال ل

لكونه جمعًا محلًا باللام يتناول هذا الفرد ويندرج فيه والتنزيل على ارادة ما سواه يحتاج الى مخصص فاذا هرب منهم
ولم يكن في قبضة الامام لم يتعرض له يفهم من العبارة انه لو كان في قبضة الامام يتعرض له وليس كذلك فان من هرب
وغيره سواء في التخلية بينهم وبينه ولعل المراد انه كما لا يجب حمله لو كان في قبضة الامام لا يجب التعرض له لو لم يكن
في قبضته اذا عرف هذا فهل يجوز التعرض له في هذه الحالة وحمله في الاول ينبغي ان لا يجوز ذلك لان المشروط هو علم
المنع وما سواه حكم على المسلم بما لم يثبت جوازه فيقتصر على المشروط وما يؤخذ من اموال المشركين حال الحرب
الخ قد سبق انه بعد الخمس والجعائل والرضخ والنفل والسلب اذا كان مما ينقل ويحول وما يؤخذ سرقة بغير
اذن الامام هي للامام قد سبق ايضًا التنبيه على الخلاف في غنيمة من غزا بغير اذنه وان هذا هو المشهور وما
يتركه الكفار فزعًا ويفارقونه من غير حرب هي للامام قد سبق ايضًا ان هذا حيث لا يوجف المسلمون عليهم بالخيل
والركاب فانه ما يتركونه في هذه الحالة غنيمة على الاصح وما يؤخذ صلحًا او جزية فهي للمجاهدين اذا كان مما ينقل ويحول
وديته الذمي والحربي اي كل منهما له صلاحية الارث سواء اجتمعا او تفرقا الا انه اذا انتقل الى الحربي زال الامان عنه
وصار للامام على الحكم كما نبه عليه بقوله فاذا انتقل الى الحربي الخ وصغار اولاده باقون على الذمة المراد بهم المتركون
في دار الاسلام بقرينة قوله فان بلغوا خيروا الخ ولو انتقل الى ما يقر اهله عليه ففي القبول خلاف ينشأ من ان الكفر
ملة واحدة ومن قوله تع ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه يضعف الاول بان المراد من كون الكفر
ملة واحدة المجاز للقطع بانه ملل لا ملة والمعنى الكفر بالنسبة الى الاسلام كالملة الواحدة لكمال المباينة بين الاسلام
والكفر ويثبت الاشتراك بين الملل في معنى الكفر قبل قوله تع فلن يقبل منه لا دلالة فيه لان المراد علم كونه
مرضيًا عند الله لانه لا يقر عليه وهو ضعيف لان القبول ضد الرد فما كان غير مقبول كان مردودًا والظاهر منه
دلالة قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه والدين اعم ولا اعتبار يحتمل ان المراد به الاسلام ولانه مامور بالاسلام على
كل حال واستثني له الاقرار على دينه فيبقى ما سواه على الاصل وهذا هو الاصح فان عاد ففي قبوله قولان اي ان
عاد الى دينه الذي كان عليه والاصح انه لا يقبل لانه قد خوطب بالاسلام وحكم عليه وزال ما كان ثابتًا له لمفارقته
دينه الاول فان اصر قتل وقيل لا يملك اطفاله للاستصحاب اي فان اصر على ترك الاسلام وقد خوطب به في هذا
من المص اما بناء على الرجح لعلم القبول واما على التنزيل والاصح انهم لا يملكون فيحمل معه بمقتضى شرع الاسلام
اي يحكم ذلك لئلا يتعطل حق الله ولا يصح للكافر شراء المصحف وان كان ذميًا لما انه لا يؤمن على كتاب الله
وكلامه الغريب ولمنافاته التعظيم والاقرب كراهة كتب الاحاديث للاصل ولان تعظيمها لا يبلغ مرتبة تعظيم
كلام الله وان كان الحكم بالتحريم وبطلان البيع طريقًا الى الاحتياط ولا يصح وصيته ببناء بيعة او كنيسة الا ان
يجعلها منزلًا للمارة من اهل الذمة والمسلمين او من اهل الذمة خاصة لان ذلك لا يعد معصية بخلاف ما لو

اراد منها المقصد الاصلي وهي كونها سنة للعبادة ثم الفاسدة وفي حواشي شيخنا الشهيد ان هذا ليس على اطلاقه بل هي
في موضع ليس لهم الاستحقاق في سجدات ولم يثبت لانه وان ثبت لهم جواز الاستحلال ليس لنا تنفيذ هذه الوصية
لانها وصية في امر محرم نعم ليس لنا ان نتعرض لهم ما لم يترافعوا الينا ولو ارادوا انفاذها بالبناء في موضع ليس
لهم ذلك منعناهم من البناء خاصة وهكذا لو اوصى احدهم في شراء الخمر والخنزير او اوصى بالوقف عليهما فانهم ما لم
يترافعوا الينا او يتظاهروا بالمنكر لا نعرض لهم   او بصرف شيء في التوراة والانجيل لانهما محرفان مع نسخهما فهما
باطلان لا يجوز لنا تنفيذ الوصية بكتابتهما   ولو اوصى للراهب جاز وله ان ينفذه لانه ليس وصية في محرم
ومانع الزكاة الخ قيل انه انتقال الى حكم الزكاة بغير علاقة   كل من خرج على امام عادل ظاهر العبارة يقتضي
اعتبار خروجهم بالسيف لانه المتبادر من قوله خرج على امام عادل وهي بعمومها تتناول الآحاد وما فوقهم واعتبره
الشيخ وابن ادريس كثرتهم بحيث يكونون في منعة وقوى المصنف في المنتهى الاول حتى لو كان واحدا كابن عبد الرحمن   في احكام البغاة
بن ملجم لعنه الله تع واعتبروا خروجهم عن قبضة الامام واحكامه وانفرادهم عنه ببلد او بادية وفي التذكرة بينه
وبين المنتهى تامل واعتبروا ايضا ان يكون لهم تاويل سائغ عندهم والا فهم قطاع الطريق   على الكفاية اي يجب
قتاله على كل من يستنفره الامام على الكفاية   وفي قسمة ما حواه العسكر بين المقاتلين قولان اقربهما المنع بل
الاصح الجواز وهو الاشهر بين الاصحاب واختار المصنف في الخ   ولو اتلف الباغي مال العادل الخ اي شخصهما بع
للامام العادل ولو كان ذميا   وانما الخلاف في مقامين الخ لا دلالة لقوله تع ولتكن منكم امة يدعون الى الخير ويأ مرون
بالمعروف الآية لان ايجابه على بعض لا ينافي ايجابه على البعض الآخر بدليل آخر وسره ان الامتثال امر واحد
فربما يكفي فيه البعض على انه لو كان كفائيا اوجب على امرء يكفي فيه ما دون ذلك مع ان الوجوب الكفائي يتعلق   في الامر بالمعروف
بجميع المكلفين وانما الفرق بينه وبين العيني ان الثاني يتعلق بالمكلفين نظرا الى خصوص كل واحد والاول يتعلق
بهم لا باعتبار عينهم بل باعتبار وجوب ايجاد الماهية ولا اولوية   والاول في المقامين اولى بل الاصح ان
الوجوب عيني لظاهر وامروا بالمعروف وغير ذلك ولا محذور لان الواجب على الجميع المبادرة الى الامر والنهي ولا يكفي
بعض عن بعض فلو تخلف بعض كان آثما وان حصل المطلوب بالبعض الآخر ولا كذلك الوجوب الكفائي
وليس المراد انه بعد التاثير يبقى وجوب الامر والنهي على الباقين واما ان الوجوب عقلي نظرا الى كونه لطفا
فان اريد في كل معروف فمشكل والظاهر خلافه وان اريد في بعض افراد المعروف والمنكر فمسلم الا ان الظاهر
ان المبحوث عنه في المسألة خلافه ولعل الاظهر ان الوجوب سمعي ولما لم يقع المنكر الا على وجه القبح كان النهي عنه
واجبا خالف بعضهم في ذلك فجعل المنكر قسمين الحرام والمكروه وهو خلاف المتبادر من المنكر فما ذكره اوجه
وانما يجبان بشروط اربعة مقتضاه ان الوجوب مشروط بجميع هذه الامور وفي اشتراط الاول نظر فانه في

علم ان زيدا قد صدر منه منكر او ترك معروفا في الجملة بنحو شهادة عدلين ولا يعلم المعروف والمنكر يتعلق به
وجوب الامر والنهي ويجب تعلم ما يصح معه الامر والنهي كما يتعلق بالمحدث وجوب الصلوة ويجب عليه تحصيل
شرطها والاصل في ذلك انه لا دليل يدل على اشتراط الوجوب بهذا الامر والرابع بخلاف غيره وتقييد الامر
المطلق بشيء ليصير الواجب مشروطا بالنسبة الى ذلك الشيء يتوقف على الدليل   فلو عرف عدم المطاوعة سقط هو
يشكل اذا جعلنا ادنى مراتب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر اعتقاد وجوب المتروك وتحريم المفعول فان هذا لا
يعقل سقوطه بمعرفة عدم المطاوعة والذي يقتضيه التحقيق هو ان يقال ان الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يعقل
كونه بالقلب وحده اذ لا يعد ذلك امرا ولا نهيا لا لغة ولا عرفا اذ لا يعد من اعتقد ذلك امرا ولا ناهيا فوجوبه من
هذا الباب لا يتحرر وانما هو اعتقاد ذلك من توابع الايمان بجميع ما جاء به النبي صلى الله عليه وآله فلا بد من اعتبار
امر آخر في المرتبة الاولى ينضم اليه ليتحقق الامر والنهي وهو اظهار عدم الرضا بضرب من الاعراض واظهار الكراهة
او الهجران واعلم انه يكفي في معرفة عدم المطاوعة الظن الغالب كما صرح به المصنف في المنتهى والتذكرة ولا بعد في ذلك
فان اطلاق العلم على ما يغلب عليه الظن امر شايع في الشرعيات   ويجب بالقلب مطلقا اي غير مقيد الوجوب بتجويز
التاثير وانتفاء المفسدة وعدمهما ويرد عليه منافاته لقوله فلو عرف عدم المطاوعة سقط لان معناه سقط كل
من الامر والنهي فابقاؤهما الا ان يتكلف متكلف بتقييد السقوط بما عدا المرتبة الاولى او كون الاطلاق في مقابل
اشتراط الاضرار وانتفاء المفسدة خاصة وفيه من التكلف ما لا يخفى مع انه غير صحيح لان الاعتقاد لا يسقط بعلم
تجويز التاثير للامر والنهي وهو ظاهر والصحيح ما قدمناه من اعتبار شيء زايد ليصدق الامر والنهي والاوجه
ان يسقط قوله ويجب بالقلب مطلقا فلا يبقى في العبارة كلام   وعدم الرضا ينبغي تنزيله على ارادة اظهار عدم
الرضا ليتحقق ما قلناه من اعتبار امر زايد على اعتقاد القلبي   كالوعظ للمطاوع غير نصرته من الاعراض هذا مثل المرتبة
الاولى التي هي اقل الامر والنهي المشروط باظهار عدم الرضا كما حققناه   فلو افتقر الى الجراح او القتل فهل يجب
مطلقا او باذن الامام قولان احدهما قول السيد لا يشترط اذن الامام وقول المصنف في المنتهى لان الجرح والقتل غير
مقصودين انما المقصود الايتمار والانزجار وهما غير مشروطين لوجوبهما على جميع المكلفين واذا لم يكن الواجب
مشروطا فكذا ما يتوقف عليه اما القتل والجرح المقصودين بذاتهما الا انه توقف شيء آخر عليهما فيشترطان قطعا
وتوجيه هذا الكلام ظاهر والثاني الاشتراط لما يخشى من ثوران الفتنة وهو الاصح فعلى هذا هل يجوز للفقيه
الجامع للشرايط ان يتولاه في زمان الغيبة ينبغي بناؤه على جواز اقامة الحدود   وللمولى في حال الغيبة اقامة
الحد على مملوكه ذكر اصحابنا انه قد ورد في ذلك رخصة واطلاقهم يقتضي عدم اشتراط اتصاف المولى بصفات الحاكم
وهو قول الاكثر بل كاد يكون اجماعا وعلى ما ذكرناه من الاطلاق فانما يجوز له ذلك حيث لا يحتاج الى اثبات

الموجب بالبينة لان ذلك انما يتولاه الحاكم ولا باس بالقول بذلك وفي اقامته على ولده وزوجته قول بالجواز
عبارته ثم ذلك مطلقة النص ومقتضاه عدم اشتراط اهلية الحكم ويلوح من عبارة المخ الاشتراط في الجميع حتى
في العبد وعلى هذا فيكون استثنا هذه من عموم المنع من اقامة الحدود والاصح انه لا يجوز اقامة الحد على الولد
والزوجة الامع الاهلية واما المملوك فان الحكم فيه كاد يكون اجماعيا وقد ذكروا استفاضة النقل في الترخيص
فيه وما هذا شانه فتقييده لا يكون الا بدليل ولو ولي من قبل الجابر عالما بتمكنه من وضع الاشيا في مظانها
ففي جواز اقامة الحد له بنيته انه نايب عن سلطان الحق نظر ظاهر عبارة الكتاب ان هذا الحكم هنا لم يكن للتطرق وجه
وقد استدل له بانه من الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وليس بواضح لان الحكم والافتاء واقامة الحدود باب منفرد
عن باب الامر بالمعروف والنهي وقد سلف في الامر والنهي ما ينبه على ذلك والاصح انه انما يجوز اذا كان بصفات
الحكم ومعرفة الاحكام بالدليل ان اراد به معرفتها بالفعل منعناه فان ذلك غير شرط في تحقق الاجتهاد
وان اراد بالقوة القريبة من الفعل اغنى عنه اشتراط قدرته على استنباط المتجددات من الفروع من اصولها
والجار الاول متعلق بالمتجددات والثاني باستنباط ولا الافتاء الى مستند ذلك الى نفسه فاما اذا حكاه
عن المجتهد فانه صحيح ويجوز التمسك به ولا يعد للحكاية فتوى ولا ينفذ حكمه اي لا يعتد به ولا يمنع منه
تاثير رجوع الشاهد ولا من نقضه بالاجتهاد وان كان ما حكم به حقا لانه لا اثر لعبارته فان المت لا قول
له وان كان مجتهدا ممايدل على ذلك ان الاجماع لا ينعقد مع خلافه حيا وينعقد بعد موته ولا يعتد بخلافه
فلا يجوز ارتكابه وان خاف التلف ظاهر المنع وان خاف القتل بطريق اشد كتاب التجر

كتاب النكاح
از جامع المقاصد
زين الدين جعفر زاهدي ٣٠٦

النكاح الى ان يتبين الحال لانه امر مشكل يرجى زواله بالتذكر وللشافعي حكم بالبطلان مع اشتباه
السبق والمعية وهو ظاهر مذهب فيما اذا علم سبق واحد ولم يتعين كما اذا علم سبق احدى الجملتين
ولم يتعين فان احد القولين عندهم الحكم بالبطلان ووجوب استئنافها وبعض اصحابه ذهب الى الفرق
بين النكاح والجمعة لان الجمعة اذا صحت لحقها البطلان بخلاف النكاح لان اسباب الفسخ يتطرق
وظاهر اختيار المص في التذكرة فيما اذا نسى السابق من العقدين بعد العلم انه توقف الحال الى
التذكر لمختاره الشيخ ولا باس به ان لم يستضر ضررا على المراة والا فالمختار فسخ الحاكم على ما سبق واعلم انه
هذا انما هو اذا عقد الوليان على اثنين فان عقد الواحد كان عقدا معه ومع وكيله فان سبق واحد
فلا بحث وان اقترنا فاظهر الوجهين صحة العقدين وفاقا للمص في التذكرة ويتقوى كل من الجانبين
بالاخر وكذا القبولان وهذا واضح اذا اتفق المسميان جنسا ووصفا او وصفه فان اختلفا احتمل
صحة النكاح وبطلان الصداق اذ ليس شرطا لصحة النكاح وقضية اطلاق كلام المص في التذكرة الصحة
ذلك وعليهما النفقة الى حين الطلاق على اشكال ظاهر العبارة ان الاشكال في وجوب النفقة
في كل واحدة من الصور الثلاث وقد خص الشارح ان ذلك بما اذا علم سبق احدهما وجهل تعينه وهو
خلاف ظاهر العبارة الا ان الاشكال ضعيف جدا فيما اذا جهل السبق والاقتران ومنشاء الاشكال
من ان النفقة مشروطة بالزوجية مع التمكين التام والتمكين منتف وزوجية كل منهما مشكوك فيها
مع القطع بانتفائها عن واحد في الواقع ومن جريان صورة العقد وعدم النشوز وكونها في
حبسهما ولان التمكين حاصل من طرفها لان المفروض والمانع شرعي وما لم يتعين الدفع منهما
انحصر فيهما لم يكن بد من وجوبها عليهما لانتفاء الترجيح فان قلنا بالتوزيع فاتفق انكشف الحال
ففي رجوع من ليس بزوج وجهان احدهما العدم لانه اتفاق حكم الشارع والاقوى الرجوع اذ قد
بين اتفاق غير مستحق مع علم التبرع قال في التذكرة واما المهر فلا يطالب به واحد منهما لمكان الاشتباه
ولا سبيل الى الزام مهرين ولا الى قسمة مهر عليهما وثبت الفرق بين المهر والنفقة غير واضح لو مات
احد الزوجين مع السبق وقفنا من تركته ميراث زوجة ولو ماتت هي وقفنا ميراث زوجه
الى الصلح او وضوح الحال ولو امتنعا من الطلاق احتمل حبسهما عليه وفسخ الحاكم او المراة
اى لو امتنعا من الطلاق في كل موضع يؤمران فيه بالطلاق شرعا ويجبران عليه ففيه احتمالات
احدها حبسهما عليه لانه حق لادمي يطالب به الثاني تولي الحاكم الفسخ لبطلان الطلاق مع
الاجبار فلا سبيل الى دفع الضرر الا بالفسخ الثالث تسلط المراة على الفسخ لانها تسلط على

على الفسخ للعيب فهنا اولى لانحصاره اشد وربما نزلت العبارة على ان في الحكم احتمالين احدهما اجبار الحاكم
اياهما او فسخه عليهما مخيرا في ذلك كما يتخير في حبس الممتنع من اداء الدين حتى يوفي او استقلاله
هو بالاخذ من امواله ما يوفي به الدين والثاني فسخ المراة وهذا احسن العبارة لا تاباه الا ان ما
تقدم في اول الكلام من جعل الاجبار على الطلاق احتمالا او فسخ الحاكم احتمالا آخر يخالف هذا فكيف
كان ففسخ الحاكم لا باس به وعلى كل تقدير ففي ثبوت نصف المهر اشكال ينشأ من انه طلاق
قبل الدخول ومن انه قاهر بالاجبار فاشبه فسخ العيب فان اوجبناه افتقر الى القرعة في تعيين
المستحق عليه وعلى كل تقدير من التقديرات السابقة التي يقع فيها الطلاق اجبارا اما مع الحبس
او بدونه مع القرعة او بدونها ففي ثبوت نصف المهر اشكال ينشأ من انه طلاق قبل الدخول فيدخل صح
في عموم قوله سبحانه وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم
ومن انه قاهر بالاجبار فاشبه الفسخ بالعيب فلا يجب شيء فان اوجبناه افتقر الى القرعة في
تعيين المستحق عليه للاشتباه وهنا مباحث ا الظاهر تعليل المص من وجهي الاشكال يقتضي
ان موضع الاشكال انما هو اذا حصل الطلاق بالاجبار كما قررناه في اول تصوير المسئلة وظاهر اول
العبارة اعم من ذلك فان قوله وعلى كل تقدير ظاهره يتناول الطلاق بالاختيار وفسخ المراة وفسخ
الحاكم والاشكال قائم في المواضع كلها الا ان الاشتباه لمنع المطالبة وتعيين المديون بالمهر بالقرعة
محل توقف لان وجوبه انما للنكاح ب العبارة تتناول طلاق من اخرجته القرعة بالاجبار وايجاب
نصف المهر عليه بعيد جدا لانه ليس بزوج علما ولا ظنا ولا سبيل الى القرعة ان انها لاجل المهر هنا
لمنافاتها القرعة الاولى على تقدير اخراج القرعة الثانية غير الاولى ج الظاهر من قول المص في ثبوت
نصف المسمى وهو واضح اذا اتحد المسميان جنسا وقدرا او وصفا اما مع الاختلاف فالامر
اشكل واعتبار القرعة فيه محل تامل والتوقف في ذلك كله طريق السلامة ولو ادعى كل منهما
السبق وعلمها ولا بينة فان انكرت العلم حلفت على نفيه فسقط دعواهما عنها ويبقى التداعي
بينهما ولو انكرت السبق حلفت وحكم بفساد العقدين وان نكلت ردت عليهما فان حلفا معا بطل
النكاحان ايضا وان حلف احدهما ونكل الآخر حكمنا بصحة نكاح الحالف وان اعترفت لهما دفعة
احتمل الحكم بفساد العقدين والاقرب مطالبتها بجواب مسموع لانها اجابت بسبق كل منهما وهو محال
وان اعترفت لاحدهما ثبت نكاحه على اشكال ينشأ من كون الخصم هو الزوج الآخر وهل
يحلف بالآخر اشكال ينشأ من وجوب غرمها المهر المثل للثاني لو اعترفت له وعلمه وكذا لو ادعى

زوجيتها

زوجتها اثنان فاعترفت لاحدهما ثم للآخر فان اوجبنا اليمين حلفت على نفي العلم فان نكلت حلف الآخر
فان قلنا اليمين مع النكول كالبينة انتزعت من الاول للثاني لان البينة اقوى من اقرارها وان جعلناه
اقرارا ثبت نكاح الاول وغرمت للثاني على اشكال هذا من احكام مسألة عقد الوليين لرجلين وتحقيقه
انه اذا ادعى كل من المعقود لهما على المعقود عليها سبق عقده عن عقد الآخر لم يتحقق الدعوى عليها حتى
يدعيا عليها العلم بالسبق لان ذلك فعل الغير فاذا ادعيا علمها والفرض انه لا بينة فلا يخلو اما ان تجيب
بانكار العلم بالسبق او بالعلم بعدم سبق واحد ففي الاول يحلف لكل منهما على نفي علمها بسبق عقده فتسقط
دعواهما عنها ويبقى التداعي بينهما كما لو ادعيا عينا في يد ثالث واحلفاه على نفي العلم بالمستحق وفي يحلف لكل
منهما على عدم سبق عقده فتنتفي سبقهما بيمينها ويحكم بفساد العقدين لاقتضاه اليمين اقترانهما وان نكلت
عن اليمين لكل منهما ردت اليمين عليهما فاذا حلف كل منهما على وفق دعواه بطل النكاحان ايضا للتدافع
وكذا لو نكلا ولو حلفت لواحد ونكلت من اليمين للآخر فحلف بالرد ثبت نكاحه وكذا لو نكلت هي عن اليمين
وحلف احدهما ونكل الآخر لثبوت دعواه ببينة من غير معارض وان اعترفت لهما دفعة كان قالت نكاح
كل منهما سابق ففي المسألة احتمالان احدهما الحكم بفساد العقدين لتدافعهما وفساده ظاهر لان اقرارها
ليس حجة عليهما ليس بحجة عليهما مع ان هذا الاقرار معلوم الفساد لان سبق كل منهما محال فيطالب بالجواب
مسموع وهو الاحتمال وهو الاقرب عند المص وعليه الفتوى قال الشارح الفاضل هنا وهذه المسألة مبنية
على المسألة الاولى انها لو اعترفت لاحدهما هل يثبت نكاحه فان ثبت كان اقرارها موجبا لثبوته فقد
وقع موجب ثبوت كل واحد منهما مع وجوب ثبوت الآخر فكان كالعقد منشأ الاحتمال الاول وليس
بجيد هو البناء لان الذي سيأتي هو احتمال ثبوت نكاح احدهما اذا اعترفت له خاصة بالسبق لا هو
مطلقا وقد حكم المص في التذكرة بان هذا الاحتمال غلط وان اعترفت لاحدهما بسبق عقده ثبت نكاحه
على اشكال بناء من ان الحق في ذلك هو الزوج الآخر وقد ثبت له عليها حق باعتبار تحقق صدور
عقد نكاح صحيح يحتمل ان يكون نكاحه فلا ينفذ اقرارها المخالفة فلا يقبل اقرارها في ابطال حقه
كما لو اقرت عليه بطلاق ومن انها اقرت للمدعي بما ادعاه عليها فوجب ان يسمع اقرارها عملا بعموم قوله
عليه السلم اقرار العقلاء على انفسهم جائز كما لو ادعى زوجيتها رجلان فاقرت لاحدهما وكما لو ادعى اثنان
عينا في يد ثالث فصدق احدهما وهذا اقوى وهو مختار المص في التذكرة وضعف الاول ظاهر لان عقد
الآخر لم يجعل سلطنة عليها لانها مشروط بكونه سابقا والشرط مجهول وحيث لم يكن عليها سلطنة لم
يمتنع اقرارها بغيره كما اذا ادعيا زوجيتها من اول الامر فاقرت لاحدهما وح فهل يحلف للآخر

على نفي العلم بالسبق او على علم السبق على حسب جوابها فيه اشكال ينشأ من التردد في وجوب غرمها
مهر المثل للثاني لو اعترفت له وعدمه والحاصل ان الاشكال في توجه اليمين هنا مبني على الاشكال في الغرم م
لو اقرت للثاني بعد الاقرار للاول ووجه البناء ان اليمين انما تتوجه على المنكر مع الفائدة وانما تتحقق
اذا كانت بحيث لو اقر لنفع اقراره ولو نكل وردت اليمين على المدعي فحلف استحق شيئا فان غاية
مطالبته باليمين ان يقر او ينكل واذا انتفت الفائدة على التقديرين لم يكن لليمين فائدة اصلا فلا يتوجه
ولا يخفى انه لو ذكر منشأ الاشكال حصول الفائدة لو اقرت او نكلت ليشمل حكم ما اذا نكلت فحلف بالرد
وقلنا ان المردودة كالبينة وانها تقتضي انتزاع الزوجة على ما ذكره المص لكان اولى لان مقتضى ما
ذكره توجه اليمين على تقدير ثبوت الغرم مع الاقرار خاصة وليس كذلك اذا عرفت ذلك فاعلم ان في
الغرم في هذه الصورة وامثالها قولين قد تقدم ذكرهما قبل الفصل الثاني وان ثبوت الغرم لا باس به كما
اذا اقر بتعين لزيد ثم اقر بها لعمرو فلا حاجة الى اعادتهما وسياتي بعد ذلك ان شاء الله تعالى ومثله
في ثبوت التردد في الغرم ما اذا ادعى زوجيتها اثنان فاعترفت لاحدهما فانه يثبت نكاحه على ما سبق
فان اعترفت بعد ذلك للاخر ففي وجوب غرمها مهر المثل بسبب تفويتها حقه من البضع باقرارها
للاول القولان والى هذا اشار بقوله بقوله وكذا لو ادعى زوجيتها اثنان فاعترفت لاحدهما ثم للاخر واما
قوله فان اوجبنا اليمين الخ فانه من احكام قوله وهل يحلف للاخر حلفت على نفي العلم بمعنى انها لا تعلم
البت ولو علمت بالحال حلفت على البت على ما سبق فان نكلت حلف المدعي الاخر ثم ينظر فان جعلنا
اليمين المردودة كالبينة انتزعت من الاول وسلمت الى الثاني لان البينة اقوى من اقرارها ويشكل بان
اليمين المردودة كالبينة فانما تجعل مثلها في حق الحالف والناكل لا في حق شخص اخر لانتفاء الدليل
على ذلك فان اليمين المردودة لما كانت حجة للمدعي فهي اما كالبينة او كاقرار الخصم لان الحجة دائرة بين
الامرين واذا كانت كالبينة فكونها مثلها في حقه وحق غيره لا يدل عليه دليل وسياتي تحقيق ذلك ان
شاء الله تعالى في كتاب القضاء وان جعلنا المردودة كالاقرار استقر نكاح الثاني لان الاقرار الطاري
لا يرد الحكم السابق وفي مهر المثل للثاني الاشكال السابق واعلم ان هذه دعوى واحدة متضمنة لدعويين
فلذلك سمعنا معا فان ثبوت احداهما تقتضي نفي الاخرى وقد ذهب بعض العامة الى انها اذا
انكرت السبق حلفت لهما معا يمينا واحدة ان كانا حاضرين في مجلس الحكم ورضيا باليمين الواحدة ولو
حضر واحد فحلفت له ثم حضر الاخر واراد تحليفها ففي وجوب اجابته وجهان عندهم واجروا
هذا الخلاف في كل شخصين يدعيان شيئا واحدا والظاهر التعدد لانهما دعويان تضمنتهما دعوى

واحدة

واحدة نعم لو تراضيا بيمين واحدة فلا مشاحة   القسم الاول النسب وتحرم به الام وان علت
وهي كل انثى ينتهي اليها نسبه بالولادة ولو بوسايط لاب او لام والبنت وهي كل من ينتهي اليك نسبها ولو بو سايط
وان نزلت وبنات الابن وان نزلت والاخت لاب او لام او لهما وبناتها وبنات اولادها وان نزلوا وبنات
الاخ لاب كان او لام او لهما وبنات اولاده وان نزلوا والعمة لاب كانت او لام او لهما وان علت ولا تحرم اولاد
الاعمام والاخوال والضابط انه يحرم على الرجل اصوله وفروعه وفروع اول اصوله واول فرع من كل
اصل وان علا المحرمات بنص القرآن في قوله تع حرمت عليكم امهاتكم الآية ثلث عشرة امرءة سبع بالنسب
واثنتان بالرضاع واربع بالمصاهرة فاما المحرمات بالنسب فمنهن الام وان علت وهي كل انثى ينتهي اليها
نسب الشخص بالولادة ولو بوسايط وان نزلت كانت ام لابن والاخت وهي كل انثى ولدها ابواك او احدهما
وبنات اولادهما وان نزلوا وبنات الاخ واولاده وان نزلوا لاب كان ام لام ام لهما والعمة وهي كل انثى هي اخت
ذكر ولدك بواسطة او بغير واسطة وقد يكون من جهة الام كاخت ابي الام والخالة وهي كل انثى هي اخت
انثى ولدتك بواسطة او بغير واسطة وقد يكون من جهة الاب كاخت ام الاب وقد ضبطهن المص بعبا رة
وجيزة وهي انه يحرم على الرجل اصوله وفروعه وفروع اول اصوله واول فرع من كل اصل وان علا
والاصول الامهات والفروع البنات وفروع اول الاصول الاخوات وبناتهن وبنات الاخ واول فرع من كل
اصل وان علا العمات والخالات وان علون لكن يدخل في قوله واول فرع من كل اصل وان علا الاخوات مرة
اخرى والاحسن تقييده بما يخرجهن مثل ان يقال واول فرع من كل اصل بعده اي بعد اول اصوله وهو
الاصل الاول وهنا مباحث الاول للفقهاء خلاف مشهور في ان بنات الاولاد يشملهن اسم البنات حقيقة و
وكذا الجدات بالنسبة الى لفظ الامهات فعلى القول بشمولهن حقيقة ما سبق من تفسير الام والبنت هو
المعنى الحقيقي وعلى المختار هو تفسير المراد هنا وليس هو الحقيقة بل هو معنى مجازي وان كان اللفظ
يقع على البعض حقيقة لان مدلول اللفظ هو المعنى الشامل للجميع وذلك مجازي لا محالة ب على القول
المختار لا حاجة الى تقييد تفسير الاخت بانها كل انثى ولدها ابواك او احدهما اذ لا يقع الاب على الجد على هذا
القول الا مجازا ح ذكر في تفسير الام انها كل انثى ينتهي اليها نسبه بالولادة ولم يذكر قيد الولادة في البنت
فان كان محتاجا اليه في الاول فلا بد منه في الثاني والا فهو مستدرك والظ انه لا بد منه لان النسب هو
القرابة وهي اعم من الابوة والبنوة وغيرهما حتى لو قال قائل الاخت هي كل انثى ينتهي اليك نسبها او تنتهي اليها
نسبك لان ابويك او احدهما ولدها لكان معنا صحيحا وكان المص انما اهمل ذكره في الثاني اكتفا بذكره
في الاول فانه تنبيه على الثاني د لو قال ولو بواسطة وان تعددت بدل قوله ولو بوسايط لكان احسن لانه

ح يكون معطوفا على مقدر هي لو كان بغيره واسطة لانه ح يكون ابلغ حيث ان المهم بذكره هو الفرد الا خفي
وغيره مسكوت عنه وعلى صنيفه ينقص المسكوت عنه من الاخفى وهو ما اذا كان ذلك بواسطة فقط
ويحرم على المرأة ما يحرم على الرجل كالاب وان علا والولد وان نزل والاخ وابنه وابن الاخت
والعم وان علا وكذا الخال لما كان تحريم النكاح من احد الطرفين يقتضي ثبوت التحريم ايض من الطرف الآخر
لا محالة كان الحكم بتحريم الام وان علت على الولد وان نزل مقتضيا لتحريم الولد وان نزل على الام وان علت
وكذا القول في الاب بالنسبة الى البنت وكذا البواقي والنسب يثبت شرعا بالنكاح الصحيح والشبهة
دون الزنا لكن التحريم يتبع اللغة فلو ولد له من الزنا بنت حرمت عليه وعلى الولد وطي امه وان
كان منفيا عنهما وفي تحريم النظر اشكال وكذا في العتق والشهادة والعود وتحريم الحليلة وغيرها من
توابع النسب لا خلاف بين اهل الاسلام في ان النسب الذي هو مناط كثير من الاحكام الشرعية مثل تحريم
النكاح ونحوه يثبت بالنكاح الصحيح والمراد به الوطي المستحق شرعا بعقد صحيح او ملك وان حرم لعارض
كالوطي في الحيض ولا يقدح علمه بكون الوطي حينئذ محرما فلو وطي حليلته بظن انها اجنبية مقدما على الزنا
لم يقدح في كون الوطي شرعيا وان اثم بما قدم عليه معتقدا حرمته ويلحق به وطي الشبهة والمراد به
الوطي الذي ليس بمستحق شرعا مع ظنه انه مستحق ويلحق به وطي المجنون والنائم ومن في معناه والصبي غير
المميز وفي المميز ويثبت به النسب كما يثبت في النكاح الصحيح اما الزنا وهو الوطي الذي ليس بمستحق شرعا
مع العلم بالتحريم فلا يثبت به النسب اجماعا لكن اجمع اصحابنا على ان التحريم المتعلق بالنسب يثبت مع الزنا
اذا تولد به ولد فيحرم على الزاني المخلوقة من مائه كما يحرم على الزانية المتولد منها بالزنا فان ذلك بعده
ولد لغة وان كانت تسميته ولدا منفية شرعا فيتبع التحريم اللغة ولقائل ان يقول ان المتبع ان كان هو
الحقيقة اللغوية وجب الحكم بثبوت باقي الاحكام الثابتة مع صدق اسم الولد وانما يكون ذلك مع عدم
النقل عن المعنى اللغوي والا لم يثبت التحريم ايض وعلل ابن ادريس المنع بكون المتولد من الزنا كافرا
فلا يحل على المسلم وفيه نظر ايض لتخلفه فيما اذا كان الزاني كافرا فان مقتضاه حل نكاح المتولدة عنه بالزنا
اذا عرفت ذلك ففي تحريم نظر الزاني الى بنته والزانية الى ابنها ونحوه اشكال ينشأ من كونه ولدا حقيقة
لغة لان الولد حيوان يتولد من نطفة آخر ولم ينقل على خلاف الاصل ولم يقم دليل على ثبوته وانتفاء بعض
الاحكام كالارث جاز ان يستند الى فقد بعض الشروط ولا يتعين استناده الى انتفاء الاسم شرعا
ومن ان حل النظر حكم شرعي فلا يثبت مع الشك في سببه ولان التحريم هو المناسب للاحتياط المطلوب في
هذا الباب الظ من قوله عليه السلام وللعاهر الحجر ان الزاني لا ولد له والاصح التحريم وكذا ياتي الاشكال في

العتق

العتق بمعنى انه لو ملك ابنه من الزنا ومن جرى مجراه فهل ينعتق بالقرابة الاشكال ومنشاوه يعلم مما سبق
والاصح العدم للشك في السبب فيتمسك بالاصل المقتضي لبقا الملك وكذا القول في رد شهادة ولد الزنا على ابيه
حيث يقبل شهادته على غيره فيه الاشكال ومنشاوه معلوم مما تقدم والاصح القبول لمثل ما سبق وكذا القول
في القود بمعنى ان الزاني لو قتل ولده من الزنا هل يقاد به فيه الاشكال والاصح انه يقاد للشك في المسقط
وكذا القول في تحريم حليلة ولد الزنا على الزاني ونكاح بنت الزنا على امها الزانية فيه الاشكال وكذا حبس
الاب في دينه لو منعناه في الاب شرعا وغير ذلك من توابع النسب والاصح عدم الحاق في شي من هذه الاحكام م
اخذا بمجامع الاحتياط ومتمسكا بالاصل حتى يثبت الناقل ولا ينافي ذلك تحريم لان حل الفروج امر توقيفي
فيتوقف فيه على النص وبدونه ينتفي باصالة عدم الحل ولا يكفي في حل الفروج عدم القطع بالمحرم لانه مبني
على كمال الاحتياط ولو ولدت المطلقة لاقل من ستة اشهر من حين الطلاق فهو للاول ولستة
اشهر من وطي الثاني فهو له ولو كان لاقل من ستة اشهر من وطي الثاني ولاكثر من اقصى الحمل من وطي الاول
قيل بالقرعة والاقرب انه للثاني واللبن تابع موضع هذه المسائل احكام الاولاد لكن ذكرها هنا
لتعلق احكام النسب بها وهي اربع مسائل آ اذا ولدت المطلقة المدخول بها بعد ان قضت عدتها وتزوجت جت
باخر ودخل بها لاقل من ستة اشهر من دخول الثاني ولدون اقصى مدة الحمل من وطي الاول فهو للاول
قطعا لان الفراش في المدة كلها منحصر فيهما وقد امتنع الحاق بالثاني فتعين الحاق بالاول الثانية لو ولدت
لستة اشهر من وطي الثاني ولزيادة عن اقصى مدة الحمل من وطي الاول فهو للثاني قطعا لامتناع الحاق
بالاول الثالثة ولدت لاقل من ستة اشهر من وطي الثاني ولاكثر من اقصى مدة الحمل من وطي الاول فهو
منتف عنهما قطعا لامتناع الحاق بواحد منهما الرابعة ولدت لستة اشهر من وطي الثاني ولاقصى مدة
الحمل فما دونه من وطي الاول ففي الحكم قولان احدهما القرعة فمن اخرجته له لحق لانه امر مشكل فانها فراش
لكل منهما والحاق لكل منهما ممكن شرعا فلا ترجيح واختار هذا القول الشيخ في المبسوط والثاني وهو الاقرب
كونه للثاني لان فراش الاول قد زال وفراش الثاني ثابت والثابت اقوى من الزائل فالترجيح له وهذا
هو الاصح وستاتي هذه المسئلة ان شاء الله تعالى في الحاق الاولاد اذا تقرر ذلك فاعلم ان كل من حكم بالحاق الولد
في هذه الصور حكم بكون اللبن له فيترتب عليه احكام الرضاع وغير ذلك من احكام النسب ويمكن ان يجعل
قوله واللبن تابع راجعا الى ما تقدم من المسائل كلها من عند قوله والنسب يثبت شرعا ويكون المعنى ان
كل موضع يثبت فيه النسب يتبعه اللبن ومالا فلا وتردد ابن ادريس في اعتبار اللبن الحاصل من وطي
الشبهة بحيث ينشر الحرمة والشيخ والجماعة على تعلق التحريم به وهو المعتمد لانه لبن ذو عن وطي محترم شرعا

يثبت به النسب فيندرج في ظاهر قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم انتهى لا هو الاول قوله ولو ولدت المطلقة
لاقل من ستة اشهر من حين الطلاق لو قال بدله لو ولدت لاقل من ستة اشهر من حين دخول الثاني لكان
اولى لانه يشمل ما اذا كان لاقل من ستة من حين وطيه لسنة فصاعدا من حين الطلاق فان لحاقه بالثاني
ممتنع هنا ايضا اذ مجرد الزوجية لا تكفي اللحاق من دون الدخول الثاني قوله ولستة اشهر من وطي الثاني
اراد به المسئلة الثانية والواجب ان يقيد بقيد اخر وهو كونه لاكثر من اقصى مدة الحمل من وطي الاول
والا لدخلت الرابعة في هذه وكان المص اكتفى بان مخالفة حكم الرابعة لحكم هذه كاف في الاكتفاء بنفسه الرابعة
عن تقييدها فيكون المعتبر هنا مقابل قيد الرابعة الثالث لو قال في الرابعة ولاقصى مدة الحمل من وطي
الاول لكان اولى اذ لا يشترط في امكان لحاقه بالاول كونه لاقل من اقصى مدة الحمل بل اللحاق ممكن ما لم
يتجاوز الوضع اقصى مدة الحمل من وطيه   ولو نفى الولد باللعان تبعه اللبن فان اقر به بعده عاد
نسبه ولا يرث هو الولد لا ريب انه اذا نفى الولد باللعان انتفى عنه وان كان ثبتا بجريان نكاحهما ان كان قد
دخل بالملاعنة قطعا وان لم يكن دخل فوجهان يلتفتان الى انتفائها عنه وان الانتفاء انما يثبت ظاهرا
ولهذا لو استلحقه لحقته به وعلى هذا ففي ثبوت القصاص بقتل هذا الولد والحد بقذفه والقطع بسرقة
ماله وقبول شهادته عليه وجهان واختار المص في التذكرة ثبوتها لانه نفى نسبه باللعان فانتفت توابعه
واقراره بعد ذلك بالولد لا يسقط ما ثبت عليه كان الولد يرثه ولا يرث هو الولد فان اعترافه انما ينفذ
في حقه لا في حق الولد اذا عرفت ذلك فاعلم ان الولد ينتفي عن الملاعن كما ينتفي عنه الولد وهل يعود اذا
اعترف بالولد لم يتعرض اليه المص وكان حقيقا بذكره لان المتبادر ان المقصود بهذه المسئلة هو بيان
حكم اللبن على ما يرشد اليه قوله ولو نفى الولد باللعان تبعه اللبن ولم اقف فيه على شيء والذي يقتضيه النظر
انه يعود ايضا بالنسبة اليه خاصة فلو ارتضع من هذا اللبن ام مرتضعه وكان رضعا الرضاع المحرم لم ينكحه
الملاعن مع اعترافه بالولد المنفي عنه عملا باقراره   القسم الثاني في السبب ويحرم منه
بالرضاع والمصاهرة والتزويج والزنا وشبهه واللعان والقذف القسم الثاني من القسمين اللذين هما سبب
التحريم المؤبد السبب ويحرم منه بسبب الرضاع من سياتي ذكره في احكام الرضاع ان شاء الله تعالى وكذا
بالمصاهرة وكذا بالتزويج كزوجة كل من الاب والابن بالنسبة الى الاخر وكالتي تزوجها في عدتها
ونحوها وينبغي ان يراد بالتزويج هنا الوطي مقابله المعقود عليها والموطوءة وكذا بالزنا وشبهه
وهو اللواط وكذا باللعان وكذا بالقذف وسياتي ان شاء الله تعالى تعيين من يحرم بهذه الاشياء مجمعا عليه
او مختلفا فيه واعلم ان الضمير في قوله ويحرم منه يعود الى السبب ومن هذه ابتدائية وفاعل يحرم مدلول

عليه بسوق الكلام اي يحرم منه بهذه الامور من سنذكره استفاد تحريم نكاحه الى واحدهنها
فهنا فصول الفصل الاول الرضاع ويحرم به ما يحرم بالنسب فالام من الرضاع محرمة ولا يختص الام لمرضعه
الطفل بل كل امراة ارضعتك او رجع نسب من ارضعتك او صاحب اللبن اليها او ارضعت من يرجع
نسبك اليه من ذكر وانثى فهي امك فاخت المرضعة خالتك واخوها خالك وكذا ساير احكام النسب لما
بين ان السبب يحرم منه ما كان باحد الامور المذكورة عقد لبيان المحرمات هذه الامور فصولا ثلثة
الاول في الرضاع والثاني في المصاهرة والثالث في باقي الاسباب واعلم ان الرضاع يحرم منه ما يحرم من
النسب لما روي من طرق العامة ان النبي صلى الله عليه وآله قال يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
وما روي من طرقنا عن الصادق عليه السلم في الصحيح انه قال يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فالام
من الرضاع محرمة وكذا البنت وغيرها مما سبق ذكر تحريمه بالنسب ولا يختص اسم الام لمرضعة الطفل بل
كل امراة ارضعتك على الشرايط الاتية او رجع بسبب من ارضعتك اليها وهي امهات المرضعة وان ه
علون او ارضعت من يرجع نسبك اليه من ذكر او انثى وان علا وهي مرضعة احد ابويك او احد اجداد ك
من النسب [illegible] او جداتك فهذه المذكورة في المواضع كلها امك
من الرضاعة وح فاخت المرضعة خالتك واخوها خالك وابوها جدك كما ان ابنها اخ وبنتها اخت الى آخر
احكام النسب والبنت من الرضاع هي كل امراة ارضعت بلبنك او بلبن من ولدته او ارضعتها امراة ولدتها
فهي بنتك وكذا بناتها من النسب والرضاع والاخت وهي كل امراة ارضعتها امك او ارضعت بلبن ابيك
وكذا كل امراة ولدتها المرضعة او الفحل او ارضعت باللبن الذي للفحل الذي ارضعت بلبنه والعمات والخالات
اخوات الفحل والمرضعة واخوات من ولدهما من النسب والرضاع وكذا كل امراة ارضعتها واحدة من
جداتك او ارضعت بلبن واحد من اجدادك من النسب والرضاع وبنات الاخ وبنات الاخت بنات
اولاد المرضعة والفحل من الرضاع والنسب وكذا كل انثى ارضعتها اختك او ارضعت بلبن اخيك ه
وبناتها وبنات اولادها من الرضاع والنسب بنات اختك واخيك وبنات كل ذكر ارضعته امك او ارضع
بلبن ابيك وبنات اولاده من الرضاع والنسب بنات اخيك وبنات كل امراة ارضعتها امك او ارضعته
بلبن ابيك وبنات اولادها من الرضاع والنسب بنات اخيك واعلم انه قد اورد على ان اخت المرضعة خالة
واخاها خال مسامحة لما لم يرد في اللسان العرفي اطلاقه ان المجاز لا يطرد لامتناع محله لغير الانسان وحيث ه ،
ان اطلاق حقيقي فيطرد ولو امتزجت اخت رضاع او نسب باهل قرية جاز ان ينكح واحدة
منهن ولو اشتبهت بمحصور العدد عادة حرم الجميع هذه المسئلة من مكملات هذا البحث وتحقيقها انه

اذا اختلطت محرم كاخت من الرضاع او النسب باجنبيات وحصل الاشتباه فهناك صورتان احديهما
بعدد غير محصور في العادة كنسوة بلدة او قرية كبيرة فله نكاح واحدة منهن اذ لولا ذلك لسد عليه
باب النكاح لانه لو انتقل الى بلدة اخرى لم يؤمن مسافرتها اليها ومثله ما لو اختلط صيد مملوك
بصيود مباحة لا تنحصر فانه لا يحرم الاصطياد وكذا لو تنجس مكان واشتبه بارض محصورة فانه لا يمنع
من الصلاة على تلك الارض والظاهر انه لو امكنه نكاح لا تتمارى فيها لم يمنع من النكاح من اللواتي
ترتاب فيهن لان الله عز اجتناب غير المحصور اسقط وجوب الاجتناب الثانية ان يكون الاختلاط بعدد
محصور في العادة فيمنع من النكاح هنا لوجوب اجتناب المحرم ولا يتم الا باجتناب الجميع ولا عسر في اجتنا ب
العدد المحصور ولو بادر وعقد على واحدة كان العقد باطلا لثبوت المنع من جميعهن فلو زال
اللبس بعقد العقد وتبين ان المعقود عليها غير المحرم ففي الحكم بصحة النكاح ح تردد لسبق الحكم
ببطلانه ولانه وقع مع اعتقاد العاقد عدم صحته واعلم ان قول المص ولو اشتبهت بمحصور العدد
عادة اشارة الى المراد من المحصور وغير المحصور وفيه ايض تنقيح لقوله قبله باهل قرية حيث
انه يعلم ان المراد قرية لا ينحصر عدد نسائها عادة ويتضح ان المراد من عدم الانحصار عسر عدهن على
احاد الناس نظرا الى ان اهل العرف اذا نظروا الى مثل ذلك العدد اطلقوا عليه انه ليس بمحصور
لكثرته والا فلو عمد احد الى بلدة ليعد نسائها امكنه ذلك وقد قال بعض المحققين كل عدد
لو اجتمعن على صعيد واحد لعسر على الناظر عدهم بمجرد النظر كالالف والالفين فهو غير محصور وان
سهل كالعشر والعشرين فهو محصور وبين الطرفين وسائط يلحق باحدهما بالظن وما وقع
الشك فيه فالاصل وجوب الاجتناب واعلم ايض ان قوله جاز ان ينكح واحدة منهن ينبغي ان لا يرا د
به انه لا يجوز نكاح ما سوى الواحدة والمتعدد منهن في عدم المنع حتى لو نكح وطلق مرارا لم يمنع
من النكاح الا اذا انحصر فان فيه ترددا ولو بقي بعد تكرار النكاح عدد محصور فالمنع قريب مع
احتمال الجواز الى ان يبقى واحدة استصحابا لما كان ولان الاشتباه في المجموع   ويثبت بالرضاع
المحرمية كالنسب وللرجل ان يخلو بامه واخته وبنته وغيرهن بالرضاع كالنسب ولا يتعلق به النفقة ارث
واستحقاق التوارث وفي العتق قولان لا ريب ان كل موضع ثبت المحرمية بمثل تلك القرابة منه
الرضاع محرم كالام من النسب وكذا البنت والاخت وغيرهن فمتى ثبت المحرمية باحد الامرين
ثبت جواز الخلوة بمعنى ان ينفرد الرجل بمحرمه من النساء كامه واخته وبنته من غير ان يكون هنا ك
شخص ثالث له تمييز ولا يجوز ذلك في الاجنبية لما اشتهر من قوله صل الله لا يخلون رجل بامرأة فان

الشيطان

الشيطان ثالثهما رواه العامة ولا يثبت التوارث بالرضاع اجماعا وكذا استحقاق النفقة والولاية
والحضانة وتحمل العقل وسقوط القود والمنع من الشهادة والحبس بالدين وفي ثبوت العتق اذا
ملك من الرضاع ونحوهما ممن ينعتق مثلهن من النسب اذا ملكه قولان تقدما في البيع وسيأتي
ذكرهما ان شاء الله تعالى في العتق والاصح الثبوت والنظر في الرضاع يتعلق باركانه وشروطه
واحكامه المطلب الاول في اركانه وهي ثلثة الاول المرضعة وهي كل امراة حي حامل عن نكاح
صحيح او شبهة فلا حكم للبن البهيمة فلو ارتضعا من لبنها لم تحرم احدهما على الآخر ولا الرجل ولا الميتة
وان ارتضع واكمل حال الموت باليسير ولو در لبن امراة من غير نكاح لم ينشر حرمة سواء كانت بكرا
او ذات بعل صغيرة او كبيرة ولا يشترط وضع الحمل بكون اللبن عن الحمل بالنكاح ولو ارضعت من لبن
الزنا لم ينشر اما الشبهة فكالصحيح على الاقوى روى الاصحاب عن الباقر عليه السلام انه قال لا يحرم اقل
من رضاع يوم وليلة او خمس عشرة رضعة متواليات من امراة واحدة وفيه دلالة على ان الرضاع
من لبن البهيمة والرجل والخنثى المشكل لا يفيد التحريم ولا خلاف في ذلك عند اصحابنا وعن مالك ان لبن
البهيمة يتعلق به التحريم وذهب بعض الشافعية الى تعلق التحريم بلبن الرجل وبعض الاخر الى ان لبن
الخنثى يعرض على القوابل فان قلن مثل هذا اللبن لا يكون الا للنساء لغزارته حكم بانوثته وكل ذلك
غير معتد به عندنا واما اشتراط الحياة في المرضعة فلظاهر قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم مع قوله
سبحانه واحل لكم ما وراء ذلكم فان الميتة لا تعد مرضعة فهي وراء ذلكم ولان الاصل الاباحة فيتمسك
به الى قيام المحرم فلو ارتضع طفل من ميتة كمال الرضعات او ارتضع المعظم حال الحياة واكمل الباقي
بعد الموت لم يتعلق به تحريم وتردد المحقق في الشرايع في الحكم نظرا الى ما صدق اسم الرضاع واستصحابا
للحكم الذي كان ثابتا حال الحياة وعدم التحريم اظهر للمعارضة باصالة بقاء الحل والترجيح معها لان المفهوم
من الالفاظ الواردة بتحريم الرضاع هو الرضاع من المرأة الحية فيتعين الحمل عليه لرجحانه ولا يخفى ان
في قول المصنف وان ارتضع او اكمل حال الموت الخ مناقشة وقد كان الاولى ان يقول وان اكمل حال الموت
باليسير ليكون المعطوف مع ان الوصلية هو الفرد الاخفى واشتراط كون اللبن عن نكاح باجماع
الاصحاب وروى يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام قال قلت له امراة در لبنها من غير ولادة
فارضعت ذكرانا واناثا ايحرم من ذلك ما يحرم من الرضاع فقال لي ويراد من بالنكاح هنا الوطي
دون العقد فيندرج فيه الوطي بالعقد دائما ومتعة وبالملك وما في معناه والشبهة صادقة اذا
حصلت من الطرفين او من احدهما والتحريم ثابت في حق من يثبت النسب في الاضافة اليه وحاله

بقوله سواء كانت بكراً او ذات بعل صغيرة او كبيرة الرد على الشافعي حيث قال بان المحرم لبن الكبيرة دون
الصغيرة وله قول بان لبن البكر لا يحرم وقول المص ولا يشترط وضع الحمل بل كون اللبن عن الحمل بالنكاح
ذكر مثله في التذكرة وحكاه قولا عن بعض فقهائنا وحكاه الشيخ عن المبسوط بنحوه ثم حكى انه قال قبل ذلك
ما ينافيه وان اللبن الذي ينزل عن الاحبال لا حرمة له وانما الحرمة لما ينزل على الولادة ويلوح من
التذكرة الميل اليه حيث احتج له برواية يعقوب بن شعيب السالفة فانها تدل على ان اللبن الحاصل
من غير ولادة لا يحرم وصرح بذلك في التحرير حيث قال ولا من در لبنها من غير ولادة وهذا اصح وفاقاً
مع الرواية التي لا معارض لها ولا خلاف في ان اللبن الحاصل عن الوطي زنا لا ينشر لان الزنا لا حرمة
له ولا يلحق به النسب وفي صحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عم قال سألته عن لبن الفحل فقال هو ما
ارضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك امرأة اخرى فهو حرام حض عليه ابن الفحل انما يحصل من
امرأته ولا يكون ذلك الا مع النكاح الصحيح ولان اللبن لو ذر عن غير نكاح اما الشبهة فانه كالصحيح
على اقوى القولين وهو اختيار الشيخ واكثر الاصحاب لان قوله تع وامهاتكم اللاتي ارضعنكم تتناوله
وتردد ابن ادريس في ذلك نظراً الى انه ليس وطياً صحيحاً وضعفه ظاهر تمسكاً بظاهر الآية وانه كالصحيح
في النسب واللبن تابع له ولو اختصت الشبهة بالرجل او المرأة فالتحريم بالرضاع انما هو بالنسبة
الى من يثبت النسب في حقه لعدم القائل بالفصل ولان اللبن تابع للنسب ولا يشترط اذن
المولى في الارضاع ولا الزوج اما الزوج فظ لانه لا يملك الزوجية ولا لبنها وان كان منسوباً اليه على انه
ما هنالك ان يلزم الارضاع ارتكاب محرم بتعطيل بعض حقوق الزوج من الاستمتاع بها وهذا لا ينفي
تعلق التحريم بالارضاع وكذا القول في الامة لان تصرفها في لبنها وان كان محرماً لانه مال الغير الا انه لا
منافاة بين التحريم وبين كون الارضاع محرماً واطلاق النصوص تتناول هذا الارضاع ولو طلق
الزوج وهي حامل منه او مرضع فارضعت من لبنه ولداً نشر الحرمة كما لو كانت تحته ولو تزوجت
بغيره ودخل الثاني وحملت ولم يخرج للحولان وارضعت من لبن الاول نشر الحرمة من الاول اما
لو انقطع ثم عاد في وقت يمكن ان يكون للثاني فهو له دون الاول ولو اتصل حتى تضع من الثاني كان
ما قبل الوضع للاول وما بعده للثاني اذا طلق الزوج او مات والزوجة حامل منه فوضعت
او كانت مرضعاً فارضعت ولداً فهناك صور آ ان يكون ارضاعها قبل ان تنكح زوجاً غيره فاللبن
للاول قطعاً والموت والطلاق لا يقطع نسبة اللبن عنه ولا فرق بين ان ترضع في العدة او بعدها ولا
بين ان ينقطع اللبن ثم يعود وعدمه مع حصول باقي الشرائط لانه لم يحدث ما يحال اللبن عليه

هو غير

مع على استمراره لكن ان اشترطنا كون الرضاع من ولد المرضعة في الحولين من حين الولادة والانقلاب ان يكون
بعد ان تزوجت ولم تحمل من الثاني فالحكم كما لو لم تتزوج ب ان تكون بعد الحمل من الثاني وقبل الولادة
واللبن بحاله لم ينقطع ولم يحدث فيه زيادة فهو للاول قطعاً قال في التذكرة ولا نعلم فيه خلافاً ويؤيده الحمل
بالاستصحاب حيث لم يتجدد ناقل د ان تكون بعد الحمل من الثاني فاللبن للاول وقد صرح به في التذكرة
استصحاباً لما كان لان الحمل لا يزيل الحكم السابق والزيادة لا اثر لها لان اللبن قد يزيد من غيره انه حبال ه
وللشافعي تفصيل محصله ان زاد اللبن بعد اربعين يوماً من الحمل الثاني فاحد القولين انه لكل من الز حين
عملا بالظاهر وهو ان بلوغ الحمل المدة المذكورة تستدعي وجود اللبن غالباً فيكون المتجدد مضافاً الى السابق
والاقوى للاول ولا اعتبار بهذا التفصيل عندنا ان ينقطع اللبن انقطاعاً بيناً اعني مدة طويلة لا يتخلل
مثلها اللبن الواحد غالباً فلا اعتبار بالانقطاع زماناً يسيراً ثم يعود في وقت يمكن ان يكون للثاني
وذلك بنفوذ معنى اربعين يوماً من الحمل الثاني على ما حكاه المص من التذكرة عن العامة ولم يرده فانه
يكون للثاني صرح به الشيخ وجماعة لانه لما انقطع زال حكم الاول فاذا عاد وقد وجد سبب يقتضيه وجب
احالته عليه لزوال حكم الاول بالانقطاع فعوده يحتاج الى دليل بخلاف ما اذا لم يتجدد سبب آخر بحاله
عليه فانه يكون للاول لانتفاء ما يقتضي خلافه وللعامة في هذا اختلاف على اقوال احدها هذا والثاني
انه للاول والثالث انه لهما والمختار عندنا الاول ز ان يكون بعد الوضع فهو للثاني قطعاً ونقل المص
فيه الاجماع في التذكرة وعلى هذا فاذا اتصل اللبن الى وضع الحمل الثاني فما قبل الوضع للاول وما بعده
للثاني وتقريبه معلوم مما سبق واعلم ان عبارة الكتاب اربع صور من هذه الصور وهي الاولى وهي
ظاهر وكل من الثالثة والرابعة مشمولة بقوله ولو تزوجت بغيره فحمل الثاني وحملت الخ فانه باطلاقه
يتناولهما لكن قوله ولو ارضعت من لبن الاول قاصر عن بيان حكمها اذ المقصود من هذه المسائل هو بيان
كون اللبن للاول وللثاني واما ترتب التحريم بالنسبة الى مباحث اللبن فليس مقصوداً بهذه المسائل
وقوله اما لو انقطع الخ بين حكم السادسة وقوله ولو اتصل الخ متضمن لحكم الثالثة والرابعة فان محصله ان
كون اللبن للاول مستمر الى وضع الحمل   ويستحب العاقلة المؤمنة العفيفة الوضيئة ولا يسترضع
الكافرة فان اضطر استرضع الكتابية ومنعها من شرب الخمر واكل لحم الخنزير ويكره ان يسلم اليها لتحمله
الى منزلها واسترضاع من ولادتها عن زنا وروى اباحة الامة منه ليطلب اللبن واسترضاع ولد الزنا
وتتاكد الكراهة في المجوسية افضل ما يرضع به الصبي لبن امه لما رواه طلحة بن زيد في الموثق عن الصادق
عليه السلم قال قال امير المؤمنين صلوات الله عليه ما من لبن يرضع به الصبي اعظم بركة عليه من لبن امه ه

واسترضاع العاقلة المؤمنة العفيفة الوضيئة الحسنة لما رواه محمد بن مروان عن الباقر عليه السلام قال قال لي
استرضع لولدك بلبن الحسان واياك والقباح فان اللبن قد يعدي وفي الصحيح عن زرارة عن الباقر عليه السلام
عليكم بالوضاء من الظؤرة فان اللبن قد يعدي ولان الرضاع مؤثر في الطباع والاخلاق روي عن نبينا صلى الله عليه وآله
ولد آدم بيد اني من قريش ونشأت في بني سعد وارتضعت في بني زهرة ويروى انا افصح العرب بيد اني من
قريش الخ وكانت هذه القبائل افصح العرب فاحرفت بالرضاع كما افتخر بالنسب وعن الصادق عليه السلام
قال قال امير المؤمنين صلوات الله عليه انظروا من يرضع اولادكم فان اللبن يشب عليه ومنه يعلم
كراهة استرضاع الكافرة والمجوسية اشد لقول الصادق عليه السلام لا تسترضع للصبي المجوسية وتسترضع
له اليهودية والنصرانية ولا يشربن الخمر يمنعهن من ذلك وقال عليه السلام وقد سئل عن مظائرة المجوسي فقال لا
ولكن اهل الكتاب والحاصل انه اذا اضطر استرضع اليهودية والنصرانية ومنعهما من شرب الخمر وهل هي
على طريق الوجوب ظاهر الامر في قول الصادق عليه السلام اذا ارضعن لكم فامنعوهن من شرب الخمر ذلك
جرها وليس ببعيد لان اثره في طباع الولد خبيث ويتصور المنع اذا كانت المرضعة امة للمسترضع او ابيا
للرضاع ويشترط عليها الامتناع من ذلك ولا ريب انه يكره تسليم الولد اليها لتحمله الى منزلها اذ ليست مأمونة
عليه وكذا يكره استرضاع الحمقاء وكذا من ولادتها عن زنا وكذا من كانت بنت زنا لموثقة عبيد الله الحلبي
عن الصادق عليه السلام قال قلت له امرأة ولدت من الزنا اتخذها ظئرا فقال لا تسترضعها ولا ابنتها واشار المص
بقوله وروي الخ الى ما رواه اسحق بن عمار عن الكاظم عليه السلام قال سألته عن غلام لي وثب على جارية لي فاحبلها
فاحتجنا الى لبنها فان احللت لهما ما صنعا ايطيب لبنها قال نعم وروى في الحسن عن هشام بن سالم وجميل
بن دراج وسعد بن ابي خلف عن الباقر عليه السلام في المرأة يكون لها الخادم قد فجرت يحتاج الى لبنها قال مرها
فلتحللها يطيب اللبن ولا معارض لها فان قلنا بها فهل يتعدى الحكم الى التحليل من المالك ليطيب لبن بنت
الزانية وهي المخلوقة من الزنا اذا كانت امها امة   الركن الثاني اللبن ويشترط وصول عينه خالصا لصا
الى المحل من الثدي فلو احتلب ثم وجر في حلقه او وصل الى جوفه بحقنة او سعوط او تقطير في احليل
او جراحة او جبن له فاكله او القي في فم الصبي مائع يمتزج باللبن حال ارتضاعه حتى يخرج عن مسمى اللبن
لم ينشر حرمة لا خلاف بين اصحابنا في ان المعتبر في الرضاع المحرم وصول عين اللبن خالصا الى المحل فلو جبن
له فاكله او امتزج بمائع اخرجه عن مسمى اللبن لم ينشر ويدل عليه ظواهر النصوص التي علق الحكم بالتحريم فيها
على اسم الرضاع فان مثل ذلك لا يسمى رضاعا ومثله الايصال الى جوفه بحقنة او سعوط او تقطير في
احليل او جراحة او جبن له فاكله او القي في فم الصبي مائع يمتزج باللبن حال ارتضاعه حتى يخرجه عن مسمى

اللبن

اللبن لم ينشر حرمه لاخلاف واختلفوا في اشتراط الامتصاص من الثدي فالاكثر على اشتراطه فلو احتلب اللبن ثم وجر في حلق الرضيع لم ينشر حرمه وقال ابن الجنيد انه ينشر وهو قول للشيخ في المبسوط لظاهر قول الصادق عليه السلام في صحيحة جميل بن دراج اذا ارضع الرجل من لبن امراة حرم عليه كل شيء من ولدها وجوابه ان المنع صدق الرضاع مع الوجور والاصح الاول لقول الصادق عليه السلام لا يحرم من الرضاع الا ما ارتضعا من ثدي واحد من حولين كاملين لدلالة النصوص على الاكتفاء بخمس عشرة رضعة ولقول الباقر عليه السلام لا يحرم الرضاع اقل من رضاع يوم وليلة او خمس عشرة متواليات من امراة واحدة جعل الرضاع المحرم ما كان مبدأ من المراة ولان الاصل الاباحة حتى يثبت المحرم

الركن الثالث المحل وهو معدة الصبي الحي فلا اعتبار بالايصال الى جوف الكبير بعد الحولين ويشترط وصول اللبن في الرضاع ليثبت التحريم وصوله الى معدة الصبي فلا اعتبار بالوصول الى دماغ او حلقه بغير خلاف عندنا ما لم يبلغ المعدة ويشترط بقاؤه فيها فلو تقيأ في الحال لم يعتد به وهو مقرب التذكرة لعدم صلاحيته لاغتذائه وانتفاء انبات اللحم وشد العظم عنه وكذا يشترط كون الصبي حيا فلو وجر لبن الفحل في معدة الميت لم يتعلق التحريم لعدم صدق الرضاع والارتضاع اللذين وردت بهما النصوص فلا يصير بذلك ابنا للفحل ولا زوجته حليلة ابن الى غير ذلك من احكام الرضاع وكذا يشترط كون الرضاع في الحولين عند جميع علمائنا فلو ارتضع بعد الحولين لم ينشر حرمه لما رواه من ان النبي ص قال لا رضاع الا ما كان في الحولين وروى الاصحاب عن الصادق عليه السلام انه قال لا رضاع بعد فطام قيل له وما الفطام قال الحولين اللذين قال الله عز وجل وقال عليه السلام الرضاع قبل الحولين قبل ان يفطم اراد به عليه السلام قبل ان يفطم عاما لبا

المطلب الثاني في شرائطه وهي اربع الكمية ويعتبر التقدير باحد امور ثلثة اما ما انبت اللحم وشد العظم او رضاع يوم وليلة او خمس عشرة رضعة وفي العشر قولان ولا حكم لما دونه ويشترط كمال الرضعات وتواليها والارتضاع من الثدي قد شرط ان الرضا الذي يتم التحريم اربعة وعد ثلثة الاول الكمية وقد قدرها الاصحاب باحد امور ثلثة وهي ما انبت اللحم وشد العظم او رضاع يوم وليلة او التقدير بالعدد وهو خمس عشر رضعة او عشر على الرضاع خلاف القولين والاصل في ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال الرضاع ما انبت اللحم وشد العظم وروى الاصحاب عن الصادق عليه السلام انه قال لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم وشد العظم وروى الاصحاب عن الصادق عم انه قال لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم وشد العظم وسال عبد الله بن سنان الكاظم عليه السلام قال قلت له يحرم من الرضاع الرضعة والرضعتان والثلثة قال لا الا ما اشتد عليه العظم ونبت اللحم وعن الباقر عم لا يحرم اقل من رضاع يوم وليلة او خمس عشرة

رضعة الحديث وهنا مباحث هذه التقادير الثلثة اصول لورود النص بكل منها وقال في المبسوط
ان الاصل هو العدد والباقيان انما يعتبران عند عدم الضابط وهو اللايح من عبارة التذكرة حيث قال
الرضاع المحرم ما حصل به احد التقادير الثلثة اما رضاع يوم وليلة لمن لم ينضبط العدد الخ ويمكن ان يقال
لو جعل كل من هذه التقديرات اصلاً لزم عدم اعتبار العدد في حصول التحريم فانه لو فرض حصول رضاع
ينبت اللحم ويشد العظم او رضاع يوم وليلة ولم يبلغ العدد المذكور لثبت التحريم بدونه بثبوت العدد معتبرا
وهو باطل فيتعين حمل التاليف بالحمل الذي ذكره وقد يجاب بامكان التاليف بوجه آخر وهو ان يحمل اعتبار
العدد على ما اذا لم يحصل رضاع يوم وليلة على الوجه المعتبر وتخلل بين الرضعات تراخ ثم استغنى الرضيع
فيه بالطعام فلم يتحقق انبات اللحم وشد العظم فانه لا بد من حصول العدد كله وليس ببعيد هذا لان ظاهر
النصوص انه متى حصل رضاع يوم وليلة وتحقق التحريم وتعدد العدد فيكون كل منهما اصلا براسه ب
المراد برضاع يوم وليلة الرضاع الذي تقتضيه العادة في طول اليوم والليلة من غير اعتبار عدد واما ما انبت
اللحم وشد العظم فان الاصحاب لم يذكروا له حدا يرجع اليه فيه ويمكن اعتبار الرجوع فيه الى قول طبيبين
عدلين عارفين بذلك وقد اختلفت الروايات في ان المعتبر رضعات بنت اللحم وشد العظم ففي بعضها
انها تثبت وفي بعضها لا ج اختلف الاصحاب في عدد الرضاع المحرم فقال ابن الجنيد ان ما وقع عليه
اسم الرضعة يحرم وقال المفيد والمرتضى وسلار وابو الصلاح وابن حمزة وابن ابي عقيل ان العشر محرمة
واختاره المص في المختلف لعموم قوله تع وامهاتكم اللاتي ارضعنكم ونظايره من العمومات ولصحيحة الفضيل
بن يسار عن الباقر عليه السلم لا يحرم من الرضاع الا المجبور قال قلت وما المجبور قال ام تربى او ظير تستاجر
او امة تشترى ترضع عشر رضعات يروى الصبي وينام ولان العشر تنبت اللحم لصحيحة عبيد بن زرارة
عن الصادق عليه السلم الى ان قال فقلت وما الذي ينبت اللحم والدم فقال كان يقال عشر رضعات وذهب
الشيخ في كتبه الى عدم التحريم الا بخمس عشرة واختاره ابن ادريس والمص في اكثر كتبه ونجم الدين بن سعيد
وعامة المتاخرين وهو الاصح للاصل والاستصحاب ولما رواه زياد بن سوقة قال قلت لابي جعفر عم
هل للرضاع حد يوخذ به فقال لا يحرم الرضاع اقل من رضاع يوم وليلة او خمس عشرة رضعة متواليات
عن امراة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينها رضعة امراة غيرها الحديث ولصحيحة علي بن رئاب
عن الصادق عليه السلم قال قلت ما يحرم من الرضاع قال ما انبت اللحم وشد العظم قلت فيحرم عشر رضعات
قال لا فانها لا تنبت العظم ولا تشد اللحم عشر رضعات وقريب منه موثقة عبيد بن زرارة عنه عم
وموثقة عبد الله بن بكير عنه عم وظاهر قوله في الرواية السالفة كان يقال عليه الرضا بذلك وتمام

الحديث

الحديث انه سال هل يحرم بعشر رضعات فقال دع ذا وقال ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع واعراضه
عن الجواب يشعر بالتقية واعلم انه يلوح من قول المص ولا حكم لما دون العشر بعد قوله في العشر قولان
ان ما دونها العشر لا خلاف فيه عندنا وكانه لم يلتفت الى خلاف ابن الجنيد اذا عرفت ذلك فاعلم
انه يعتبر في الرضعات ليتحقق العدد قيود ثلثة كماليه كل واحد منها وتواليها والارتضاع من الثدي
اما الكمالية فلعلم صدق الرضعة اذا كانت ناقصة واما التوالي فلما دل عليه حديث زياد بن سوقه
السالفة واما الارتضاع من الثدي فلما تقدم من انه لو وجر اللبن بعد احتلابه في حق الطفل لم
يصدق الرضاع ولم يثبت التحريم فلو ارتضع رضعة ناقصة لم تحتسب من العدد
والمرجع في كمالية الرضعة الى العرف وقيل ان يروى ويصدر من قبل نفسه فلو لفظ الثدي وعاوده فان كان
قد اعرض اولا فهي رضعة وان كان للتنفس والالتفات الى ملاعب والانتقال الى ثدي آخر كان
الجميع رضعة ولو منع قبل استكماله لم يحتسب ولو لم يحصل التوالي لم ينشر كما لو رضعت امراة خمسا
كاملة ارتضع من اخرى ثم اكمل من الاولى العدد لم ينشر وبطل حكم الاول وان اتحد الفحل ولو تناوب وب
عليه عدة نساء لم ينشر ما لم يكمل من واحدة خمس عشرة رضعة كاملة ولاء ولو ارتضع من كل واحدة
خمس عشرة رضعة كاملة متوالية حرمن كلهن ولا يشترط عدم تخلل الماكول والمشروب بين الرضعات
بل عدم تخلل رضاع وان كان اقل من رضعة لا ريب انه لو ارتضع رضعة ناقصة لم يحتسب من العدد
لكن لو اكملها احتسبت كما لو التفت الى ملاعب او حصل نوم خفيف ثم عاد ولو طال الزمان كثيرا
ففي اعتبار اكمالها نظر ينشأ من انتفاء الوحدة عرفا ومن ان الغرض حصول القدر الذي يساوي
الرضعة الواحدة ويلوح من تقديرهم الزمان المتخلل بالقليل كما قيد في التذكرة النوم بكونه خفيفا
ونحو ذلك في كلامه هنا وهناك بان تخلل الكثير مانع من الاحتساب والمرجع في كمالية الرضعة
الى العرف اذ الشارع لم يعين لها قدرا مضبوطا ولم يحدها بزمان فدل ذلك على انه جعل المرجع العرف
كما هو عادته في امثاله ولان الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية وقيل ان يروى ويصدر عن
ذي من قبل نفسه والقولان للشيخ وهما في المعنى واحد وكان المص اراد بقوله وقيل حكاية اختلاف
العبارة في ضبط الكمالية لا انه قول مستقل وينبه عليه انه في التذكرة قال ان المرجع في الكمالية الى
العرف ثم قال فاذا ارتضع الصبي وروى وقطع قطعا بينا باختياره واعرض اعراضا بحيل
باللبن كان ذلك رضعة فجعل العبارتين معا حدا للكمالية واما التوالي فيتحقق بان لا يرتضع من
امراة خلال رضاعه من اخرى وان كان لبن كل منهما لفحل واحد عندنا خلافا لبعض العامة لقوله قرع

لا يحرم الرضاع اقل من رضاع يوم وليلة او خمس عشرة رضعة متواليات من امراة واحدة من لبن
فحل واحد اشار عم بقوله من امراة واحدة الخ الى تفسير متواليات فيعلم منه ان تخلل الماكول وا المشروب
او طول الزمان لا يخل بالتوالي ب ان يكون الرضاع في الحولين وان كان بعد فطامه ويعتبر
في المرتضع اجماعا دون ولد المرضعة على الاقوى ولو كمل الاخيرة بعد الحولين ونشر لو تمت مع
تمام الحولين الشرط الثاني من شرائط الرضاع المحرم كون الرضاع واقعا قبل ان يستكمل المرتضع الحولين
باجماع اصحابنا وهو قول اكثر اهل العلم ويدل عليه قوله ص لا رضاع الا ما كان في الحولين ومن طرقنا قول
الصادق عم لا رضاع بعد فطام قلت جعلت فداك وما الفطام قال الحولين اللذين قال الله عز وجل
ولا فرق بين ان يفطم قبل الرضاع في الحولين وعدمه لظاهر النصوص فلو ارتضع بعد الحولين لم ينشر
تحريما وان لم يكن قد فطم وصرح المص بانه لو كمل الرضعة الاخيرة مع تمام الحولين نشر الحرمة ويدل
عليه قوله لا رضاع بعد فطام مع قوله سبحانه وامهاتكم من الرضاعة فان ظاهرهما اعتبار ما لم يكن وا قعا
بعد الحولين والمعتبر في الحولين الاهلة كما في سائر الابواب الفقهية ولو انكسر الشهر الاول فاحتمالان
وهذا كله في المرتضع واما ولد المرضعة وهو الذي حصل اللبن من ولادته فهل يشترط كونه في الحي لبن
حين الارتضاع بحيث لا يقع شيء من الرضاع بعد تجاوزه ايامها فيه قولان احدهما الاشتراط
فلا يحرم الارتضاع لو وقع شيء منه بعد استكماله حولين وهو قول ابي الصلاح وابن زهرة وابن
حمزة لظاهر قوله عليه السلم لا رضاع بعد فطام فانه يتناول ولد المرضعة والثاني عدم الاشتراط وهو
مختار ابن ادريس وجماعة منهم المص لعموم قوله وامهاتكم اللاتي ارضعنكم والمتبادر من قوله عليه السلم
لا رضاع بعد فطام المرتضع دون ولد المرضعة ولم يصرح الشيخان في ولد المرضعة بالاشتراط
ولا بعدمه وتوقف المص في المختلف وعدم الاشتراط اقوى تمسكا باصالة عدم الاشتراط
ج اتحاد الفحل وهو صاحب اللبن فلو تعدد لم ينشر كما لو ارضعت بلبن فحل صبيا وبلبن اخر
صبية لم يحرم الصبية على الصبي ولو ارضعت بلبن فحل واحد مائة حرم بعضهم على بعض ولو
ارضعت منكوحاته وان كن مائة صغارا كل واحدة واحدا حرم بعضهم على بعض ولو ارتضع
خمسا من لبن فحل ثم اعتاض العذاء وفارقت ونكحت اخر فاكملت العدد من لبن الثاني ولم يتخلل
رضاع اخرى لم تصر اما ولم تحرم هي ولا اولادها عليه لا خلاف بين اصحابنا في ان الرضاع المتم للتحريم
بين رضعتين ورضاعة المقدر باحد الامور المذكورة يشترط ان يكون جميعه من لبن فحل وا حد
هو الشرط ليس كالاولين لان اصل التحريم لا يثبت بالرضاع في حال من الاحوال بدون الشرطين

الاولين

الاولين فاذا اختل احدهما كان وجوده كعدمه بخلاف هذا الشرط فانه انما يعتبر لثبوت التحريم بين
المرتضعين لا مطلقا فلو ارتضع اثنان من لبن فحل واحد دفعة او على التراخي يثبت الاخوة
بينهما فلو كانا ذكرا وانثى حرم كل منهما على الآخر ولا فرق بين ان يرتضعا معا من امراة واحدة
او من منكوحتين لصاحب اللبن بحيث يرتضع احدهما من احديهما كمال النصاب والاخر من
الاخرى كذلك ولو تعددت فبلغت مائة واكثر كالمنكوحات بالمتعة او بملك اليمين يثبت التحريم بينهم
مع رعاية ما قلناه ولو تعدد الفحل بحيث ارتضع احد الصغيرين من امراة من لبن فحل واحد
والآخر منها من لبن فحل آخر ولا تحريم عندنا لقول الباقر عم لا يحرم من الرضاع اقل من رضاع
يوم وليلة او خمس عشرة رضعة متواليات من امراة واحدة من لبن فحل واحد وسال عمار الساباطي
الصادق عم عن غلام رضع من امراة احل ان يتزوج اختها لابيها من الرضاعة قال فقال لا فقد
رضعا جميعا من لبن فحل واحد من امراة واحدة قال قلت يتزوج اختها من الرضاعة قال لا باس
بذلك لان اختها التي لم ترضعه كان فحلها غير فحل التي ارضعت الغلام واختلف الفحلان فلا باس
كذا ابو علي الطبرسي الى التحريم بذلك لثبوت الاخوة من الام وهو نادر لمخالفته النصوص
عن اهل البيت عليهم السلام واعلم ان قوله ولو ارتضع خمسا الخ قد سبق بيانه عند الشرط فاعاده
تكرار اذا حصل الرضاع بشرائط نشر الحرمة ولو شككنا في وقوعه بعد الحولين يقابل
اصل البقاء والاباحة لكن الثاني ارجح ولو كان له خمس عشرة مستولدة فارضعت كل واحدة رضعة
لم يحرم المرضعات ولا الفحل ولا يصير ابا ولا المرضعة امهات ولو كان بدلهن خمس عشرة بنتا لم يكن الاب
جدا لا خلاف في انه اذا حصل الرضاع بشرائط المعتبرة فيه نشر الحرمة في الجملة وسياتي ان شاء الله تع
تفاصيل ذلك ولو حصل الشك في وقوع الرضاع في الحولين فان اصل بقاء الحولين مقابل لاصل الاباحة
فان الاباحة كانت ثابتة قبل النكاح والاصل بقاؤها وكون المرتضع في الحولين كان ثابتا قبل الرضاع
والاصل البقاء ويرجح الاباحة بوجوه آ ان التقابل والتكافؤ يقتضي التساقط فينتفي التحريم قطعا
لانتفاء سببه ويلزم من انتفائه ثبوت الاباحة اذ لا يعقل ارتفاع النقيضين ب ان الشك في وقوع
المرضعات في الحولين يقتضي الشك في تقدم الرضاع والاصل عدم التقدم لا يقال كما ان الاصل
عدم التقدم فكذا الاصل عدم التاخر لانا نقول هو كذلك الا ان الاصل حصل بطريق آخر وهو
ان التقدم يقتضي تحقق الرضاع في ازمنة يزيد على ازمنة تاخره والاصل عدم الزيادة واذا وجد
هذا الاصل مع اصل الاباحة قوي جانبه فيرجح ج قوله تع واحل لكم ما وراء ذلكم بعد قوله سبحانه

وامهاتكم اللاتي ارضعنكم فان المراد والله اعلم اللاتي ارضعنكم الرضاع المحكوم شرعا بوقوعه في الحولين لان
ذلك شرط قطعا وليس محكوم بكون الرضاع في محل النزاع واقعا في الحولين لتقابل الاصلين فيبقى ح
المتنازع في حل نكاحهما في عموم ما وراء ذلكم وهو من اسن المرجحات وقد يرجح التحريم بانه اذا تعارض
الناقل والمقرر يرجح الناقل لان التاسيس خير ولانه اذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام وضعفه
ظاهر لان الترجيح الناقل في النصوص من حيث اشتماله على زيادة لا ينافيها الآخر اما في الاصلين
كما هنا فغير واضح وانما يغلب الحرام على الحلال اذا ثبت التحريم شرعا كما اذا اشتبهت محرم باجنبية
وقد علم مما تقدم انه لا بد من استعمال الرضعات من امراة واحدة بلبن واحد فلا حاجة الى اعادة يلوح
من كلام الشارح الفاضل ان قول المص لكن الثاني ارجح اشارة الى الخلاف حيث قال آخر البحث والا قوي
عندنا ما هو الارجح عند المص ولظ انه لا خلاف هنا يعرف وانما اراد المص بيان دليل المسئلة والاشارة
الى تقابل الاصلين وان احدهما ارجح على الآخر والاصل في التحريم ثلثة المرتضع والمرضعة
والفحل فيحرم المرتضع عليهما او بالعكس فتصير المرضعة اما والفحل ابا وآباؤهما اجداد وجدات واولادهما
اخوة واخوات واخوتهما اخوالا واعماما فكما حرمت المرضعة على المرتضع حرم عليه امهاتها واخواتها
وبناتها من النسب وكذا اولاد المرضع احقا والمرضعة وكل من ينسب الى الفحل من الاولاد ولاده
ورضاعا يحرمون على المرتضع وبالعكس ولا يحرم عليه من ينسب الى المرضعة بالبنوة رضاعا من غير
لبن هذا الفحل بل كل من ينسب اليهما بالولادة وان نزل اراد بقوله والاصول في التحريم ثلثة ان
اللذين يثبت لهم التحريم الناشي عن الرضاع المحرم بدون واسطة غير ثلثة ومن عداهم فانما تعلق بهم التحريم
بسبب هذا الرضاع بتوسط واحد من الثلثة وتحقيقه انه اذا حصل الرضاع المحرم فان كان المرتضع
ذكرا حرم على المرضعة نكاحه لانه ابنها وان كان انثى حرم الفحل نكاحها لانها بنته وكما يحرم عليهما نكاح ح
المرتضع وكذا يحرم عليه نكاحهما لان التحريم من الجانبين وحيث ان المرضعة ام المرتضع والفحل ابـ
ـه فآباؤهما اجداد وجدات قطعا وكذا اولادهما اخوة واخوات واخوتهما اخوال واعمام ضرورة فان
الابوة والامومة يقتضيان ذلك اذا تقرر هذا فكما حرمت المرضعة على المرتضع عليه امهاتها واخواتها
وبناتها من النسب ولو قال فكما حرمت المرضعة والفحل على المرتضع حرم عليه امهاتهما واخواتهما
واولادهما لكان اشمل واوفق لما تقدم من كلامه واخصر حيث جعل اصول التحريم ثلثة المرتضع
والمرضعة والفحل ومنهم يتعدى التحريم الى الباقين وكانه اعتمد على ظهور ذلك فمال الى الاختصار
وقوله من النسب يريد اختصاصه بالبنات لما حكم من ان الرضاع لا يفيد التحريم بين المرتضعين

الامع اتحاد صاحب اللبن وهو منتف فيهن وسياتي التصحيح لذلك كله في كلام المص في عاشر الفروع
وكذا اولاد المرتضع صاروا احفاد اومن هذا يعلم انه لو قال وكذا اولاد الرضيع احفاد المرضعة
والفحل لكان اولى وقوله وكل من ينسب الى الفحل من الاولاد ولاده ورضاعا يحرم على المرتضع
وبالعكس والتحريم عليه الخ قد سبق بيانه غير مرة وذكرنا دليل الفرق بين المرضعة والفحل في ذلك
خلاف الطبرسي في ذلك ولا يحرم المرضعة على ابي المرتضع على راي لا ريب ان المرضعة لا يحرم
على ابي المرتضع اذ لا مقتضي لذلك بوجه من الوجوه فان ام الولد من النسب ليست حراما وكل
لرضاع وكذا لا تحرم على اخي المرتضع لانتفاء المقتضي وام الاخ من النسب انما حرمت على اخيه لانها
منكوحة الاب وهذا المعنى منتف هنا واما اولاد الفحل ولاده ورضاعا فان في تحريمهم على ابي المرتضع
قولان للاصحاب احدهما واختاره الشيخ في المبسوط عدم التحريم لان اخت الابن النسب انما حرمت
لكونها بنت الزوجة المدخول بها فتحريمها بسبب الدخول بامها وهذا المعنى منتف هنا والنص انما
قال يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولم يقل يحرم من المصاهرة وقال في الخلاف بالتحريم وهو
اختيار ابن ادريس واختاره المص هنا وفي المختلف والتذكرة معتمدا فيهما بقوة كلام الشيخ في الخلاف
لصحيحة علي بن مهزيار قال سال عيسى بن جعفر ابا جعفر الثاني عن امراة ارضعت لي صبيا
هل يحل لي ان اتزوج بنت زوجها فقال لي ما اجود ما سالت من هاهنا يوتى ان يقول حرمت عليه امرا
من قبل لبن الفحل لا غيره فقلت له ان الجارية ليست بنت المراة التي ارضعت لي هي بنت زوجها
فقال لو كن عشرا متفرقات ما حل لك شيء منهن وكن في موضع بناتك وروى ان يعقوب في الصحيح
عن عبد الله بن جعفر قال كتبت الى ابي محمد ع ان امراة ارضعت ولد الرجل هل يحل لذلك الرجل
ان يتزوج ابنة هذه المراة ام لا فوقع لا تحل له وروى ايوب في الصحيح قال كتب علي بن شعيب الى ابي
الحسن عليه السلم امراة ارضعت بعض ولدي هل يجوز لي ان اتزوج بعض ولدها فكتب لا يجوز ذلك
لان ولدها صارت بمنزلة ولدك قال المص في المختلف بعد ايراد الروايات ونعم ما قال وقول الشيخ في غاية
القوة ولولا هذه الرواية الصحيحة لاعتمدت على قول الشيخ والاصح التحريم وانما يحرم اولاد المرضعة
رضاعا لما عرفت من ان التحريم بالرضاع مشروط باتحاد الفحل ولاولاده هذا الاب الذين لم
يرتضعوا من هذا اللبن النكاح في اولاد المرضعة واولاد فحلها ولادة ورضاعا على راي اختلف
الاصحاب في ان اخا المرتضع واخته من النسب هل يحل نكاحهما لاولاد المرضعة واولاد فحلها سواء كانوا
من النسب ام من الرضاع والحال ان الاخ والاخت لم يرتضعا من لبن هذا الفحل فقال الشيخ في الخلاف

لا يجوز وكذا قال في النهاية لان اخت الاخ من النسب لا يجوز نكاحها فكذا من الرضاع ولان تعليل التحريم
على ابي المرتضع في الروايات السالفة بانهن بمنزلة ولده قائم هنا وذهب ابن ادريس وجمع من المتاخرين
الى عدم التحريم ومنهم المصنف لكنه توقف في الخ وهو الاصح لان دليل التحريم ضعيف فان اخت الاخ من
النسب لا تحرم الا على من هي اخت له من الاب او الام ولهذا لا يحرم اخت الاخ مع اختلاف الجهة كالاخ
من الاب اذا كان له اخت من الام فانها لا تحرم على اخيه لانتفاء سبب التحريم والتعليل السالف في الرواية
لا يقتضي التحريم هنا لان منصوص العلة حجة لانه حيث ثبتت تلك العلة ثبت الحكم والعلة المذكورة هي
كونهن بمنزلة اولاد ابي المرتضع وهذه غير موجودة في محل النزاع وليس المراد بحجية منصوص العلة
انه حيث ثبتت العلة وما جرى مجراها ثبت الحكم ولا اخوة المرتضع الاخر اذا تغاير الاب وان
اتحد اللبن المراد انه اذا ارتضع اجنبيان من لبن امرأة سواء كان اللبن كله لفحل واحد ام ارتضع
احدهما بلبن فحل والاخر بلبن فحل اخر صارا اخوين فلاخوة احدهما ان ينكحوا اخوة المرتضع الاخر
لانهما ولا اولادهم ليسوا بمنزلة صاحب اللبن ولادة ولا رضاعا ولا اولاد المرضعة ولادة خاصة واحترز المص
بقوله اذا تغاير الاب كما اذا كان ابو كل من الاخوة احد المرتضعين هو ابو اخوة المرتضع الاخر
فانه لا يجوز النكاح وهو ظاهر واراد بقوله وان اتحد اللبن ان اللبن الذي ارتضع به كل من المرتضعين
لفحل واحد ولذا يمنع الرضاع سابقا كذا يبطله لاحقا فلو ارضعت امه او من يحرم النكاح
بارضاعه كاخته وزوجته وزوجة ابيه من لبن الاب زوجته فسد النكاح وعليه نصف المهر ولو لم
يسم فالمتعة ويرجع به على المرضعة ان تولت الارضاع وقصدت الافساد وان انفردت المرتضعة
فان سقت وامتصت من غير شعور والمرضعة سقطت لا خلاف في ان الرضاع الذي اذا حصل
سابقا عن النكاح لمنعه لانه يثمر التحريم لو حصل لاحقا ابطله فلو ارضعت اخته او زوجته او
زوجة ابيه من لبن الاب زوجته الاخت من النسب حرام واذا ارضعتها زوجته فان كان بلبنه
صارت بنتا وان كان بلبن غيره فان كانت المرضعة مدخولا بها حرمتا معا والا انفسخ النكاح وحرمت
المؤبدة رضاعا على ما سيأتي ان شاء الله تع وان ارضعتها زوجة ابيه فان كان الابن وسيأتي تفصيل
ذلك ان شاء الله تع اذا عرفت ذلك فاعلم انه على الزوج للرضيعة نصف المهر اما الوجوب فلان الفسخ
ليس من طرف الزوجة واما وجوب النصف خاصة لان الفسخ فلان الفسخ ليس من طرف الزوجة
واما وجوب النصف على ما سلف بيانه ان شاء الله تع ان المهر يجب بالعقد جميعه ويستقر بالدخول
وينتظر بالطلاق قبله ولم يلتفت تنظره بسبب اخر فيستصحب وجوب جميعه الى ثبت السبب

المسقط

المسقط لشيء وهذا متجه كله اذا كان قد سمى مهرا بل كانت مفوضة البضع وجب المتعة الحاقا لهذا
الفسخ بالطلاق ويحتمل السقوط كما لو ماتت ووجوب مهر المثل او نصفه لاختصاص المتعة بالطلاق
حيث ان القرآن انما ورد بها في الطلاق فلا يتعدى الحكم مورده والبضع لا يخلو من عوض وصرح
المص في التذكرة بوجوب المتعة وحكاه عن الشافعي ولم يذكر احتمالا اخر ثم يرجع الزوج بما
اغترمه على المرضعة المتولية للارضاع ان قصدت الافساد وهو اختيار الشيخ في المبسوط لان
البضع مضمون كالاموال لانه يقابل بمال في النكاح ولا يحسب على المريض المهر لو نكح بمهر المثل
فما دونه وكذا المرضعة المختلعة بمهر المثل اما اذا لم تقصد الافساد فانها لا تضمن لان السبب
مباح كما لو احتفر بئرا في ملكه فتردى متردٍ ولانها محسنة الى المرتضعة حيث لا يوجد من يد ضعها
وما على المحسنين من سبيل والذي يساق اليه النظر عدم الفرق بين الحالتين في الضمان وعدمه
لان اتلاف الاموال موجب للضمان على كل حال والفرق بين هذا وبين حفر البئر في الملك قائم
اذ الاتلاف من الحافر اصلا على انا نقول ان كان الضمان دائرا مع العدوان فيمنع ان الرضاع
الصغيرة عدوان في محل النزاع فان القصد لا يصير ما ليس بعدوان عدوانا حتى لو احتفر
في ملكه بئرا ليتردى فيها الناس لم يضمن بذلك واطلق الشيخ في الخلاف عدم الضمان على التقديرين
والضمان قريب كما ياتي ان شاء الله تعالى لمزيد تحقيق ولو انفردت المرتضعة بالارضاع بان
سعت وامتصت من ثديها من غير شعور المرضعة سقط مهرها لان الفسخ جاء من قبلها قبل
الدخول فكان كالردة قبل الدخول وهو الذي قواه المص في التذكرة وللشافعي وجه بعدم السقوط
بذلك وانها تستحق نصف المسمى وتقييد المص بقوله من غير شعور المرضعة يقتضي انه مع
شعورها لا يسقط وكانه نظر الى ان تخليتها اياها ترضع بمنزلة الفعل وفيه نظر ولعله يريد
انه مع التخلية يكون الفعل مستندا اليهما فكل منهما جزء السبب وهو محتمل ولو
ارضعت كبيرة الزوجتين صغيرتهما حرمتا ابدا مع الدخول بالكبيرة والا الكبيرة وللكبيرة المهر
مع الدخول والا فلا وللصغيرة النصف والجميع على اشكال ويرجع به على الكبيرة مع التفرد
بالارضاع اذا كان لشخص زوجتان احدهما والاخرى صغيرة في محل الرضاع وارضعت الكبيرة
الصغيرة فلانها بنت الزوجة المدخول بها وهذا اذا لم يكن الرضاع من لبنه فانه اذا كان من
لبنه حرمتا مؤبدا وان لم يدخل لان الصغيرة قد صارت بنتا له ولا خلاف في ذلك كله اذا
تقرر فلا ريب ان الكبيرة تستحق المهر المسمى ان كان قد دخل بها لاستقراره بالدخول فلا يسقط

بسبب طاري وان لم يكن قد دخل فلا شئ لها لان الفسخ من جهتها فكان كالردة ولقائل ان يقول
ان كان السبب الى فسخ النكاح بالارضاع موجبا لاستحقاق الرجوع على المرضعة بالمهر فليكن
موجبا للرجوع عليها بالمهر ههنا بعد الدخول لانها سبب الى فسخ نكاحها كما اذا طلق الزوجة بعد
الدخول طلقة واحدة وراجعها وادعى وقوع الرجعة في العدة وانكرت وحلفت فنكحت
زوجا اخر ثم كذبت نفسها في اليمين وصدقت الزوج في الرجعة لم يقبل قولها على الثاني ورجع
الاول عليها بالمهر المثل وان كان وطاها واجيب عنه بالفرق بان الغرم هنا للحيلولة بينه وبين
البضع المستحق له لانها زوجته بخلاف المتنازع فان الزوجية زالت بالفسخ المترتب على الرضاع
وهذا الجواب غير دافع لاصل السؤال هذا حكم الكبيرة واما الصغيرة فان في استحقاقها
المسمى او نصفه اشكالا ناشئا من انه فراق قبل الدخول فيتنصف به المهر كالطلاق ومن ان الجميع
وجب بالعقد فيستصحب حكمه ولم يثبت شرعا سقوط النصف الا في الطلاق والالحاق به قياس
وهذا قوي ثم على القول بان نصف المهر يستقر بالعقد والنصف الاخر بالدخول والموت فيجب
النصف خاصة ثم على كل تقدير يجب ما غرمه الزوج للصغيرة من تمام المسمى او نصفه يرجع به على الكبيرة
مع التفرد بالارضاع بشرط قصدها الى الافساد وعلى القول باشتراطه ومطلقا على القول
بالعدم كما سياتي تحقيقه ان شاء الله تع   ولو ارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا جميعا ان دخل مؤبدا صح
بالكبيرة والا الكبيرة هذا الظ اذا لم يكن   والاخت جمعا مع الدخول وعدمه ولا يخفى انه اذا كان
اللبن لغيره ولم يكن دخل بالكبيرة انفسخ نكاح الصغائر ايض وحرمن على الجمع لانهن اخوات
وسياتي لذلك مزيد تحقيق ان شاء الله تع   ولو ارضعت الصغيرة زوجتاه على التعاقب
فالاقرب تحريم الجميع لان الاخيرة صارت ام من كانت زوجته ان كان قد دخل باحدى الكبيرتين
والا حرمت الكبيرتان مؤبدا وانفسخ عقد الصغيرة ولا فرق بين الرضاع قبل الطلاق لهما او
لاحدهما او بعده وينفسخ نكاح الجميع للجمع المؤبد على ما فصل لا نزاع في تحريم المرضعة الاولى
وكذا الصغيرة ان كان قد دخل باحدى الكبيرتين ونقل الشارح الفاضل فيه الاجماع ويتنبه
على ان المرضعة ام الزوجة والصغيرة بنت زوجة مدخول بها سواء كانت المدخول بها هي الاولى
ام الثانية وانما النزاع في تحريم المرضعة الثانية وبالتحريم قال ابن ادريس وجمع من المتاخرين
كابي القسم بن سعيد والمص وهو المختار ووجهه ما ذكره المص من انها ام من كانت زوجته
فاسم الزوج صادق عليها لانه لا يشترط في صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه على ما قرر في

الاصول

الاصول فيندرج في عموم قوله تع وامهات نسائكم وقال الشيخ في النهاية وابن الجنيد لا تحرم لما رواه
علي بن مهزيار عن ابي جعفر عليه السلم قال قيل له ان رجلا تزوج بجارية صغيرة فارضعتها امراته ثم ارضعتها امراة اخرى الى قوله فقال عليه السلم حرمت عليه الجارية وامراته التي ارضعتها اولا
اما الاخيرة فلا تحرم عليه والتمسك ضعيف لان سند الرواية غير معلوم فلا معارض لحجة الاول لبن
اذا عرفت ذلك فاعلم انه لا فرق في التحريم المذكور بين كون الرضاع المذكور قبل الطلاق والزوجتين
الكبيرتين او بعد طلاقهما او طلاق احديهما لان الطلاق لا ينفي كون المطلقة زوجة نعم لو
الكبيرتين ولم يدخل بهما ثم ارضعت الصغيرة بلبن غيره حرمت مؤبدا وتبقى زوجة الصغيرة
بحالها والمراد بقول المص وينفسخ نكاح الجميع ما اذا كان الارضاع قبل طلاق الكبيرتين او
احديهما اذ لا يتصور الجمع بعد طلاقهما والمؤيد على ما فصل المراد به تحريم الكبيرتين
مطلقا والصغيرة مع الدخول باحديهما كما علم في السابق غير مرة وقوله اوله البحث ولو ارضعت
الصغيرة زوجتاه على التعاقب لا يخفى انه لا يتصور ارضاعهما اياها عندنا الرضاع المحرم الا على
التعاقب وعند الشافعي انه يتصور الارضاع دفعة بان تحلب لبنهما وتخلط وتوجر وفعل
المص حاول بالتقييد بكونه على التعاقب الرد عليه ولو ارضعت امته الموطوءة زوجته
حرمتا وعليه المهر او نصفه ولا رجوع الا ان تكون مكاتبة ولو كانت موطوءة بالعقد تبعت به
على اشكال اى لو كان له امة فارضعت زوجته الصغيرة الرضاع المحرم بلبن غيره فان الامة
ان كانت موطوءة بالعقد تبعت به على اشكال اى لو كان له امة فارضعت زوجته الصغيرة الرضا ع
المحرم بلبن غيره فان الامة ان كانت موطوءة حرمتا كل منهما عليه اما الامة فلانها ام الزوجة واما الصغيرة
فلانها بنت مدخول بها ثم يقول يجب للصغيرة جميع المهر المسمى او نصفه على اختلاف الوجهين
وقد سبق بيانهما وان المتجه وجوب الجميع ولا رجوع له على الامة بحال لان السيد لا يثبت له على مملوكه
مال الا ان تكون مكاتبة مطلقا او مشروطة لانقطاع سلطنة المولى عن المكاتب وصيرورته بحيث يثبت
له عليه ولو لم تكن الامة موطوءة اصلا فالنكاح بحاله وتحرم الامة مؤبدا لانها ام الزوجة ولو كان
اللبن للمولى حرمتا مؤبدا قطعا لان الصغيرة صارت بنته والامة ام الزوجة ولو كانت الامة
موطوءة بالعقد تبعت بالمهر الذي غرمه للصغيرة الجميع او النصف على الاشكال السابق في ان المرضعة
ترجع عليها بما اغرمه او عدمه نظرا الى ان البضع كالاموال فتضمن قيمته او لا فلا ضمان فان قلنا
بالضمان تبعت به الامة اذا اعتقت كما في سائر الاتلافات المالية واعتبار الفضل الى الافساد عدم

هنا كباقي النظاير وسياتي ان شاء الله تع   ويحتمل قويا عدم التحريم بالمصاهرة فلابن المرتضع
النكاح في اولاد صاحب اللبن وان يتزوج بام المرضعة نسبا وباخت زوجته من الرضاع وان ينكح
الاخ من الرضاع ام اخيه نسبا وبالعكس والحرمة التي انتشرت من المرتضع الى المرضعة وفحلها
بمعنى انه صار كابن النسب لهما والتي انتشرت منهما اليه موقوفة عليه وعلى نسله دون من هو
في طبقته من اخوته واخواته واعلى منه كابائه وامهاته او للفحل نكاح ام المرتضع واخته وجدته
لاخلاف بين اهل الاسلام في الرضاع يقتضي تحريم النكاح اذا احدث به علاقة منها تقتضي التحريم في النسب
كالابوة والامومة والاخوة والعمومة والخؤولة فمتى صار رجل ابا لامراة بالرضاع حرمت عليه كما
يحرم عليها كبنت النسب ثم يتعدى التحريم الى نسلها واصول صاحب اللبن واخوته واعمامه واخواله
لان ثبوت البنتية شرعا يقتضي كونهم اعماما واخوالا لها فيحرمون عليها بالدلايل الدالة على تحريم الا عمام
والاخوال والرضاع لحمة كلحمة النسب على ما سبق ذكره ولو كان المرتضع ذكرا احرم على المرضعة وحرمت
عليه كما في الانثى بالنسبة الى الفحل وكما يتعدى التحريم الى اقربائه المرضعة والفحل والمرتضع اللذين
يحرم مثلهم في النسب كذا يتعدى الى تحريم المصاهرة الدايرة مع تلك العلاقة فيحرم على كل من الفحل
والمرتضع حليلة الاخر ودون حليلة المرتضع حليلة ابن وحليلة الفحل حليلة اب لان الابوة
والبنوة قد ثبت كل منهما تحريم حليلة كل من الاب والابن على الاخر بالنص والاجماع وهذه المصاهرة
ليست ناشية عن الرضاع بل من النكاح الصحيح وانما الناشي عن الرضاع هو البنوة فلما تحققت
لزم الحكم الناشي عن النكاح وهو كونه منكوحة حليلة ابن ومثله الامومة اذا ثبتت لبنت فانه يحرم
على من دخل بالمرضعة التزوج بالبنت كما يحرم على من عقد على البنت التزوج بالمرضعة وكذا
الاختية فاذا ارتضعت بنتان من لبن فحل واحد حرم على من نكح احدهما ان يجمع اليها الاخرى
قطعا لانهما اختان كما يحرم الجمع بين الاختين من النسب والحاصل انه متى ثبت بالرضاع علاقة النسب
ومثل تلك العلاقة في النسب يتعلق به التحريم لحق بتلك العلاقة جميع الاحكام الجارية على نظيره من
النسب سواء تعلقت بنسب او مصاهرة وهذه الاحكام لاخلاف فيها بين اهل الاسلام على ما يشهد
به كلام القوم من الخاصة والعامة وظواهر الكتاب والسنة تتناول ذلك مثل قوله ولا تنكحوا ما نكح
اباؤكم من النساء وقوله سبحانه وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وانما قيده بكونه للصلب ليدفع ما
كانوا يعتقدونه من ان المتبنى ابن كما دل عليه قوله تع لكيلا يكون للمؤمنين حرج في ازواج ادعيائهم
اذا عرفت ذلك فاعلم ان المصاهرة التي احتمل المص قويا عدم التحريم بها هي الامر الحادث بالرضاع

نظر

نظر المصاهرة الحاصلة بالنكاح مثل كون المراة اما للزوجة فان هذا الوصف يتحقق بنكاح امراة
ويثبت به التحريم فاذا ارتضع طفل رضاعا محرما فان المراة المرضعة صارت بمنزلة الزوجة لاب المر تضع
كام ابنه من النسب فامها بمنزلة ام الزوجة واختها بمنزلة اخت الزوجة وبنتها بنت الزوجة والاخ
من الرضاع امر من النسب بمنزلة زوجة الاب وكذا القول في ام المرتضع من النسب بالاضافة الى
اولاد صاحب اللبن وكذا اخته بالاضافة اليهم والى ابيهم ومحصل القول في ذلك ان علاقة المصاهرة
انما حدث نظيرها بالرضاع لا يوجب تحريمها فان سبقت النكاح لم تمنعه وان لحقته لم تقطعه للاصل
والاستصحاب ولعموم قوله تع احل لكم ما وراء ذلكم بعد تعداد المحرمات في الآية الشريفة الا ما خرج
بدليل ولظاهر قوله ص الرضاع لحمة كلحمة النسب ولم يقل كلحمة المصاهرة وقد اختلف الاصحاب
من ذلك في مسائل الاول تحريم اولاد صاحب اللبن على اب المرتضع وتحريم اخوة المرتضع على صاحب
اللبن تحريم اخوة المرتضع الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن على اولاد الفحل تحريم ام المرضعة
على اب المرتضع ونحو مثله تحريم ام ام المرتضع على الفحل والاصح عدم التحريم الا في الاولى لورود الروا يات
الصحيحة فيها بالتحريم وما عداها فلا دليل عليه والروايات لا تنهض حجة عليه كما سبق تحقيقه في الكلام
على المسئلة الثانية من هذه المسائل وقد قال الشيخ في المبسوط يجوز للفحل ان يتزوج بام المرتضع
واخته وجدته ويجوز لوالد هذا المرتضع ان يتزوج بالتي ارضعته لانه لما جاز ان يتزوج ام ولده
من النسب فبان يجوز ان يتزوج ام ولده من الرضاع اولى قال الرس لا يجوز له ان يتزوج بام ام
ولده من الرضاع فكيف ذلك وقد قلتم انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قلنا ام ام ولده من
النسب ما حرمت بالنسب بل بالمصاهرة قبل وجود النسب والنبي ص عليه واله انما قال يحرم من الرضاع
ما يحرم من النسب ولم يقل يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة وقريب منه ذكره المص في التذكرة
والمختلف وان كان في آخر البحث مال الى العمل بالروايات لصحتها ونحن نقول بذلك لكنا لا نتعدى
موردها وموضع العلة منصوصة وقد شاهدنا بعض من عاصرناه يروي عن الاصحاب ان المرضعة
اذا ارضعت ابن اخيها تحرم على زوجها صاحب اللبن لانها عمة ابنه فهي بمنزلة اخته ونحو ذلك وهذا
من الاوهام الفاسدة قطعا لان هذه ليس بينها وبين زوجها بسبب الرضاع علاقة النسب ولا
علاقة مصاهرة لان المحرم صيرورتها اختا ونحو ذلك اما صيرورتها كالاخت فلا دليل يدل عليه
ولو تخيل متخيل ان التعليل في الروايات لتحريم اولاد الفحل على اب المرتضع بانهم بمنزلة اولاده يشعر
بان من كان بمنزلة احدى المحرمات نسبا يحرم فتحرم المراة اذا صارت بمنزلة الاخت والعمة والخالة

لقلنا ان هذا من الخيالات الفاسدة والاوهام الباطلة لان الذي يعتبر العلة المنصوصة ويحكم بتعديتها انما يعتبر نفس المعلل به فيترتب عليه الحكم اين ما وجد لا على ما شابهه ولا شك ان هذا من المجازفة في الدين والعدول عن صريح الكتاب والسنة والدلائل القاطعة عند اهل الشرع مثل الاستصحاب الى القول بالرأي من غير دليل ولا اثارة علم وقد افردنا لهذه رسالة حسنة من اراد تحقيقها فليطالع تلك الرسالة ثم ارجع الى العبارة واعلم ان قول المص فلاب المرتضع يلوح منه الرجوع عما اختاره في هذه المسئلة سابقا والتحريم هنا اقوى وقوله باخت زوجته من الرضاع قيل عليه ان اخت الزوجة حرام سواء كانت اختها من النسب ام من الرضاع بلا خلاف وسيأتي تحريمها في كلام المص في الفروع في غير موضع قلنا هذا صحيح لكن الظاهر ان المص يريد بذلك ان الزوجة من الرضاع لا تحرم اختها والجار متعلق بمحذوف على انه مع المحذوف حال من الزوجة او صفة لها الا انه حال وصفة من الاخت وهذا صحيح وربما نزلت العبارة على ان الضمير في زوجته يعود الى الفحل والمعنى انه يجوز لابي المرتضع ان يتزوج اخت زوجة الفحل وهذا صحيح الظ في نفسه الا انه بعيد عن العبارة جدا لابهام منها بحال فللفحل نكاح ام المرتضع واخته وجدته لا شبهة في جواز نكاح ام المرتضع لانها كزوجته انما الكلام في تحريم اخته وجدته وقد اسلفنا ان اخته من النسب حرام على الفحل دون جدته منه لو زوج ام ولده بعبد او بحر ارضعته من لبنه حرمت عليهما الحكم واضح فانها بالنسبة الى المرتضع ام وبالنسبة الى المولى زوجة ابنه من الرضاع ولا يخفى ان الملك بحاله لو فسخت نكاح الصغير لعيب او اعتقها ثم تزوجت وارضعته بلبن الثاني حرمت عليهما وكذا لو تزوجت بالكبير اولا ثم طلقها ثم تزوجت بالصغير ثم ارضعته من لبنه اذا تزوجت بالصغير بان عقد له عليها وليه الاجباري ثم فارقته بالفسخ لعيبه او لحدوث عتقها ثم تزوجت آخر وارضعت الصغير بلبن الثاني الرضاع المحرم حرمت عليهما اما الصغير فلانه ابنها من الرضاع واما الكبير فلانه حليلة ابنه من الرضاع والكلام في المهر على ما سبق لان الدخول يوجب استقراره على ما سبق ولو تزوجت بالكبير اولا ثم طلقها ثم تزوجت بالصغير ثم ارضعته بلبن الاول الرضاع المحرم فالحكم كذلك ايض لو ارضعت زوجته الصغيرتين بلبن غيره دفعة بان اعطت كل واحدة ثديا من الرضعة الاخيرة انفسخ عقد الجميع وحرمت الكبيرة موبدا والصغيرتان ان كان قد دخل بالكبيرة فان ارضعت زوجة ثالثة حرمت موبدا ان كان قد دخل بالكبيرة والا بقيت زوجته من غير فسخ ولو ارضعت واحدة ثم الباقيتين دفعة حرمن جميع ان كان قد دخل بالكبيرة والا فسد نكاح الصغائر وله

العمة

العقد على من شاء اذا كان له اربع زوجات واحدة كبيرة وثلث صغاير فحكم ما اذا ارضعت الكبيرة واحدة
منهن علم مما مضى بقي حكم ما اذا ارضعت اثنتين او الثلث فهناك صور خمس فان ارضاع الاثنتين اما
دفعة او على التعاقب وكذا ارضاع الثلث الا ان ارضعهن جميعا دفعة من الكبيرة لا يتصور بل اما
ان ترضع اثنتين ثم واحدة او بالعكس فان ارضعت اثنتين دفعة الرضاع المحرم بلبن غيره
احترز به عما اذا كان الرضاع بلبنه فان التحريم موبد للجميع على كل حال وقد فسر المص الدفعة باعطا بها
كل واحدة ثديا من الرضعة الاخيرة واعتبر الرضعة الاخيرة لانها التي بها يتحقق تمام النصاب
ويترتب على الرضاع التحريم فلا عبرة بالتقارن في الابتدا او تقدم بعض وكان عليه ان يعتبر مع ذلك
ان تروبا من الاخيرة دفعة ليتحقق ما ذكره فلو سبقت احديهما سبق تحريمها اذا تقرر ذلك فانه
مع تحقق الدفعة ينفسخ نكاح الجميع وهن الصغيرتان والكبيرة موبدا لانها ام الزوجة والصغيرتان
ان كان دخل بالكبيرة والا عقد على من شاء منهما لانهما اختان والكلام في المهر على ما سلف وان ار ضعتهما
على التعاقب انفسخ نكاح الاولى مع الكبيرة وبقي نكاح الثانية ان لم يدخل بالكبيرة لانتفاء الجمع
المحرم ولا يحل له الاولى اذا فارق هذه وحكم هذه معلوم من قوله فيما بعد وان لم يدخل انفسخ نكاح
الاولى الخ ولو ارضعت الثالثة بعد ارضاع الاوليين دفعة وهي الصورة الثالثة فيحرم الجميع
موبدا ان كان قد دخل بالكبيرة والا بقي نكاح الاخيرة من غير فسخ لانتفاء الجمع المحرم المقتضي للفسخ
حيث انفسخ نكاح الكبيرة مع الصغيرتين المرتضعتين اولا ولو انعكس الفرض وهو الصورة
الرابعة بان ارضعت واحدة من الصغاير ثم اثنتين دفعة فلا بحث في تحريم الجميع بينهما في النكا ح
ولا اولوية فينفسخ نكاحهما معا ويتخير في العقد على من شاء من الصغاير والكلام في المهر وقدره
وثبوت الرجوع على المرضعة على ما سبق تفصيله ولو ارضعتهن على التعاقب فان
كان قد دخل حرمن موبدا وان لم يكن دخل انفسخ نكاح الاولى دون الثانية لان الكبرى قد بانت
فلم يكن جامعا بينها وبين بنتها فاذا ارضعت الثالثة احتمل فساد نكاحها خاصة لان الجمع بينه
الاختين تم بها فاختصت بالفساد كما لو تزوج باخت امراته وفساد نكاحها مع الثانية لان عند كمال
رضاعها صارتا اختين فانفسخ نكاحهما كما لو كان ارضاعهما دفعة هذه هي الصورة الخامسة
وتحقيقها ان الزوجة الكبيرة اذا ارضعت الزوجات الصغاير على التعاقب اي واحدة ثم اخرى
ثم ثالثة فمع الدخول بالكبيرة تحرم الجميع موبدا وبدونه ينفسخ نكاح الكبيرة مع الاولى عند تمام
ارضاعها للجمع المحرم فاذا ارضعت الثانية لم ينشا محذور لانتفا الجمع بين الام وبنتها في النكاح

فاذا ارضعت الثالثة ففي الحكم احتمالان احدهما انفساخ نكاح الثالثة فقط دون الثانية لان الجمع بين
الاختين نوبهما فاختصت بفساد النكاح كما لو تزوج باخت امراته فان نكاح الاخت مخصوص
بالبطلان دون نكاح الزوجة والفرق قائم فان نكاح الاخت لم يسبق صحته والمانع منه موجود وهي
استلزامه حصول الجمع المحرم بخلاف ما هنا فان نكاح كل قد سبقت صحته وتحدث الاختية تحقق
الجمع بين الاختين في النكاح الصحيح ولا اولوية لواحدة على الاخرى الثاني الحكم بانفساخ النكاحين
معا لان عند كمال رضاعهما صارتا اختين فانفسخ نكاحهما اذ لا اولوية لاحديهما على الاخرى
في حصول السبب المقتضي لبطلان النكاح بالنسبة اليهما فهي كما لو كان ارضاعهما دفعة وينبه على هذا
امران الاول ان المعلول الموجود عند الجزء الاخير من العلة لا يستند الى ذلك الجزء على انفراده والا
لكان ما فرض جزء علة تامة وهو باطل الثاني ان الاخوة والاختية من الامور الاضافية فلا يثبت من احد
الجانبين الا مع ثبوتها من الجانب الاخر فاذا ترتب عليها ما يختص باحد الجانبين الا مع ثبوتها الا
الاشتراك في مقتضي الحكم نقتضي الاشتراك فيه ومعلوم ان معنى الاختية ثبت للجانبين على حد
سواء كمال الارضاع فالاصح انفساخ النكاحين لو ارضعت امة زوجته بلبن غيره حرمت
الامة من غير فسخ ولا تحريم احترز بكون اللبن بغيره عما اذا كان اللبن له فانهما يحرمان مؤبدا وان لم
يكن وطئ الامة ووجه عدم زوال ملك الامة في الصورة التي فرضها ظاهر فان ام الزوجة للمنع ملكها
وان حرم وطؤها وظاهر انه اذا لم يكن قد وطئ الامة لا تحرم الزوجة بارضاع الامة اياها اذ لا تحريم على
الشخص بنت مملوكته التي لم يطأها اعيانا ولا جمعا فلا تحريم ح ولا فسخ لو ارضعت ثلث
بنات زوجته ثلث زوجات له كل واحدة زوجة دفعة حرمن جمع ان كان قد دخل بالكبيرة والا الكبيرة
وانفسخ عقد الصغاير ولله تجديده جمعا لانهن بنات خالات ولكل نصف مهرها ويرجع به
الزوج على مرضعتها ولكبيرة المهر ويرجع به على البنات بالسوية ولو ارضعن بانفسهن بالاستقلال ٥
فلا ضمان وفي تضمين الصغاير مهر نظر وان ارضعن على التعاقب تعلق بالاولى مهر الكبيرة او نصفه
او نصف الصغيرة وعلى كل من الباقيتين نصف مهر من ارضعتها مع الدخول والا فلا رجوع
لبقاء النكاح بحاله فان نكاح الكبيرة قد زال قبل الارضاع فلا جمع لو كان له زوجة كبيرة وثلث بنات
مراضع فارضعت كل واحدة منهن صغيرة من الثلث الرضاع المحرم فان كان قد دخل بالكبيرة
حرمن جمع مؤبدا سواء ارضعهن معا ام على الترتيب لان الكبيرة جدة نسا والصغاير بنات
بنات زوجة المدخول بها وان لم يكن قد دخل بها حرمت الكبيرة مؤبدا وانفسخ عقد الصغاير جميعا

لو كان

ان كان قد ارتضاعهن دفعة واحدة بان يجعل الافتراق في اخر الرضعة الاخيرة لثبوت الجمع بين
الام وبنات بناتها في النكاح ثم يجدد نكاحهن ان اراد جمعاً لانهن بنات خالات وهذا اذا لم يكن اللبن
لفحل واحد فلو كان بان تزوج شخص الاولى ثم فارقها وهي ذات لبن منه وهكذا صنع في الثانية
ثم تزوج الثالثة فصارت ذات لبن منه فانهن اذا ارضعن الصغائر بهذا اللبن حرمن جمع لانهن
اخوات ح ولو كان الارضاع لبن على التعاقب حرمت الكبيرة موبدا وانفسخ نكاح اولى الصغائر خاصة صح
للجمع بينها وبين جدتها ثم تجدد نكاحها ان شاء واما نكاح الباقيتين فانه باق بحاله وهذا بشرط عدم
الدخول بالكبيرة وكون لبن كل بنت الفحل ولو ارضعت اثنتان دفعة ثم واحدة انفسخ نكاح الاولتين
خاصة ثم تجدد نكاحها ان شاء ولو ارتضعن بانفسهن دفعة او على التعاقب فالكلام في التحريم
والانفساخ على ما سبق واما الكلام في المهر فان لكل صغيرة نصف مهرها المسمى او جميعه على الخلاف
السابق وقد بينا ما هو الارجح ويرجع الزوج على مرضعتها اما مطلقا او مع قصدها الى افساد
النكاح على ما فيه وفيه الخلاف السابق من انه لا رجوع اصلا وقد بينا ذلك فلا حاجة الى اعادته وللكبيرة
المهر مع الدخول وبدونه فيه الخلف السابق ويرجع به الزوج على البنات الثلث بالسوية ان لم يكن
قد دخل بها اما مع الدخول فلا رجوع على ما صرح به المص في التذكرة وغيرها لاستقراره بالدخول
وقد اطلق الرجوع به هنا وكانه اكتفى بما يدل عليه ظاهر كلامه السابق فيما لو ارضعت كبيرة الزوجتين
صغيرتهما فانه قال هناك وللكبيرة المهر مع الدخول والا فلا ولم يذكر رجوعا وذكر الرجوع في مهر
الصغيرة ولو ارتضعن بانفسهن بان سعين الى البنات وهن قائمات وارتضعن الرضاع المحرم
فلا مهر لهن لان الفرقة قبل الدخول منجهتهن فكانت كالردة في تضمينهن مهر الكبيرة نظر وينشا من التردد
في ان التسبيب الى فسخ النكاح بفعل مقتضاه هل يوجب غرم المهر ام لا وان قصد الافساد هل
شرط للرجوع ام لا والتضمين قوي لان البضع يتقوم ويدخل في حكم الاموال والاتلاف موجب للضمان
في الصغير والكبير فانا قلنا به استوين في ان الرجوع عليهن بمهر الكبيرة مع الارتضاع دفعة والا
فعلى الاولى ان تعاقبن والا فعلى الاولتين ولو كان ارضاع البنات اياهن على التعاقب علق بالاولى لي
مهر الكبيرة او نصفه وذلك مع الدخول وعدمه بناء على انه تنصف وكذا يتعلق بها نصف المهر للصغيرة
وعلى كل من الباقيتين نصف مهر الصغيرة التي ارضعتها ان كان قد دخل بالام فالنكاح صحيح بحاله
لان نكاح الصغيرة قد انفسخ قبل ذلك فانتفى الجمع المحرم واعلم ان تقييد المص اول البحث بكون الرضاع ع
لجميع الزوجات دفعة انما يحتاج اليه اذا كان الرضاع قبل الدخول بالكبيرة لاختلاف الحكم اما بعده فلا

تفاوت لو ارضعت ام الكبيرة او جدتها او اختها على اشكال فيهما الصغيرة ولم يدخل انفسخ
النكاح لان المرضعة ان كانت الام فالكبيرة اخت وان كانت الاخت فخالة وان كانت الجدة فالصغيرة
خالة لو كان له زوجتان كبيرة وصغيرة فارضعت ام الصغيرة الرضاع المحرم انفسخ النكاح لانهما
صارتا اختين ولو ارضعت جدة الكبيرة او اختها الصغيرة ففي انفساخ النكاح هنا اشكال ينشأ من
ان المرضعة ان كانت الجدة للام صارت الصغيرة خالة للكبيرة وان كانت جدة للاب كانت الصغيرة
عمة وان كانت الاخت صارت الكبيرة خالة للصغيرة والجمع بين العمة وبنت الاخ والخالة وبنت الاخت
في النكاح منهي عنه بقوله عليه السلام لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ومن هذه النسبة بمجردها غير
مانعة من النكاح فانه لو اذنت العمة او الخالة او تقدم عقد بنت الاخ والخالة وبنت الاخت في النكا ح
منهي عنه بقوله عليه السلام لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ومن هذه النسبة بمجردها غير مانعة
من النكاح فانه لو اذنت العمة او الخالة او تقدم عقد بنت الاخ او بنت الاخت ورضيت العمة والخالة
جاز الجمع ولم يقم دليل على عدم جواز الجمع هنا فيستصحب النكاح والتحقيق ان يقال ان الجمع بين
العمة وبنت اخيها وبين الخالة وبنت اختها في النكاح بغير رضى العمة والخالة ممنوع منه ولهذا لو
عقد احد الوكيلين على بنت الاخ والوكيل الاخر على عمتها في زمان واحد لم يقع من النكاحين
صحيحا ماضيا ولا واحد منهما بدون الاخر لانتفاء المرجح بل يقعان موقوفين وكذا لو تزوجهما
في عقد واحد وعلى هذا فيكون الرضاع المحدث لهذه النسبة موجبا لاجتماعهما في النكاح وهو منهي
عنه بدون الاذن والفرض انتفاؤه لو تزوج كل من الاثنين زوجة صاحبه ثم ارضعت احديهما
الاخرى حرمت الكبيرة عليهما مؤبدا والصغيرة على من دخل بالكبيرة وكذا لو تزوجتا بواحد ثم باخر
لو كان لاثنين زوجتان احديهما مرضعة والاخرى رضيعة ففارق كل منهما زوجته وتزوج بها
الاخر ثم ارضعت الكبيرة الصغيرة بلبن ثالث حرمت الكبيرة عليهما مؤبدا والصغيرة على من دخل
بالكبيرة اما تحريم الكبيرة عليهما مؤبدا فلانها ام زوجتهما الا انه لا خلاف في تحريمها على من الصغيرة
الان زوجته انما الخلاف في تحريمها على من كانت الصغيرة زوجته وقد سبق تحقيقه واما الصغيرة
فلانها بالاضافة اليهما بنت الزوجة لا تحرم بنت الام الا مع الدخول بامها ولو لم يكن الارضاع بلبن ثالث
لحرمتا على صاحب اللبن مؤبدا وان لم يدخل بالكبيرة والكلام في المهر على ما سبق ولو ان احدهما تزوج
بالكبيرة ثم فارقها فتزوجها اخر ثم ارضعت الكبيرة الصغيرة بلبن ثالث لكان الحكم كذلك ايضا
لو ارضعت جدة الصغيرة من احدهما انفسخ لان المرتضع ان كان هي الرضيع فهي اما عم زوجته

افحل

او خال زوجته وان كان الزوجة في عم او خاله لزوجها   المراد انه اذا زوج رضيع برضيعة ولهما
معًا جدة من قبل الام او من قبل الاب كام ام امهما او ام ام ابيهما ثم ارضعت احدهما المذكورة فان النكاح
ينفسخ لان المرتضع ان كان هذا الزوج والجدة للاب فهو نعم زوجته والجدة للام فهو خال زوجته وان كان
المرتضع هو الزوجة فهي اما عمة لزوجها وان كان المرضعة جدة لاب او الخالة   لو ارضعت من لبن
الزوج بعد موته نشر الحرمة الى اقاربه لان كون اللبن له لا يزول بالموت وللاستصحاب ما كان قبل الموت
والتمسك بعمومات الكتاب والسنة المتناولة لهذا الرضاع مع انتفاء المعارض   لا يحرم ام المرضعة
من الرضاع على المرتضع ولا اختها منه ولا عمتها منه ولا خالتها ولا بنات اختها حرمن بالنسب لعدم اتحاد
الفحل ولو ارضعت ذات اللبن ذات الاخت لم تحرم الاخت على الابن اطبق الاصحاب على ان حرمة الرضاع لا
تثبت بين مرتضعين الا اذا كان اللبن للفحل واحد وقد حققنا هذا فيما تقدم واوردنا النص الوارد بذلك
وحكينا خلاف الطبرسي فعلى هذا لو كان لمن ارضعت صبيًا الا ان نسبتها لم يحرم تلك الام على الصبي فعلى هذا
لو كان لمن ارضعت صبيًا الا ان نسبتها اليه بالجدودة انما يحصل من رضاعه من مرضعته ورضاع مرضعته
منها ومعلوم ان اللبن في الرضاعين ليس للفحل واحد فلا يثبت الجدودة بين المرتضع والام المذكورة
لانتفاء الشرط فيبقى التحريم ومن هذا يعلم ان اختها من الرضاع وعمتها منه وخالتها منه لا يحرمن وان
حرمن بالنسب لما قلناه من عدم اتحاد الفحل ولو كان المرتضع انثى لم يحرم عليه ابو المرضعة من الرضاع
ولا اخوها منه قيل عموم قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب يقتضي التحريم هنا والنص فانهم قد
اطلقوا على مرضعة المرضعة انها ام وعلى المرتضع بلبن ابي المرضعة انها اخت فيكون الاولى جدة
والثالثة خالة فيندرجان في عموم المحرم للجدة والخالة وكذا البواقي قلت الدال على اعتباره مع فقد الشرط
فانهم قد اطلقوا على المرتضع انه ابن المرتضعة منها بلبن فحل آخر انه يثبت لهما النص ولم يحكي الاخوة
المثمرة للتحريم بين الابن والبنت لعدم اتحاد الفحل وفي قول المص ولا بنات اختها مع قوله وان حرمن بالنسب
مناقشة لان بنات اخت المرضعة من النسب لا يحرمن لانهن بنات خالة قوله لا بنات اختها من سهو القلم
وبعض الفسخ خالية منه وقوله ولو ارتضعت ذات الابن ذات الاخت الخ هو بعينه ما مر منه قوله ولا اولاد
هذا الاب الذين لم يرتضعا من هذا اللبن النكاح في اولاد المرضعة وقد يفرق بينهما بان الاخت ربما كانت
اخت للمرتضعة من امها فلا يتناولها قوله ولا اولاد هذا الباب   حرمة الرضاع يسري الى المحرمات
بالمصاهرة فليس للرجل نكاح حلائل ابائه من الرضاعة ولا حلائل ابنائه منه ولا امهات نسائه ولا بنا تهن
منه المراد من هذا انه اذا ثبت بالرضاع نسبة البنوة بين المرتضع وصاحب اللبن تبعها احكام المصاهرة

ام منه الرضاع صح

الثابتة بالنكاح فاذا كان لصاحب اللبن زوجة غير المرضعة او موطوءة بملك اليمين فهي حليلة ابن يحرم لا للاندراجها
في عموم قوله تع ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء وكذا القول في حليلة المرتضع بالنسبة الى الفحل ومثله اخت
المنكوحة من الرضاع معها لا لاندراجها في قوله سبحانه وان تجمعوا بين الاختين ومثله بنت اخي الزوجة وبنت
اختها اذا كانت من الرضاع مع العمة والخالة اذا لم تاذنا وقد حققنا ذلك فيما سبق قبل الفروع وفي الحواشي
المنسوبة الى شيخنا الشهيد ان هذا رجوع عما سلف من قوله ويحتمل قويا عدم التحريم بالمصاهرة وليس كذلك
جزما وكل من لاحظ ما حققناه كمال الملاحظة لم يشك في انه كذلك لو ارضعت من تفسد النكاح
بارضاعه جاهلة بالزوجية ولم يخف عليها من التلف ولم تقصد الافساد قلنا بالتضمين ففيه هنا اشكال
ينشا من كونه الرضاع سببا فاذا كان مباحا لم يوجب الضمان كحفر البير في ملكه قد سبق ان المرضعة
اذا قصدت بالرضاع افساد النكاح الحاصل في ضمانها ما اغترمه الزوج من المهر قولان فعلى القول
بعدم الضمان مع القصد المذكور لا كلام في عدم الضمان مع انتفائه وعلى القول بالضمان معه فهل يضمن
مع انتفائه كما لو ارضعت الصغيرة مثلا جاهلة بكونها زوجة ابنها من النسب مثلا او مع علمها بالزوجية
لكن خافت على الصغيرة الخوف من التلف لفقد من يرضعها غيرها في محل الحاجة ولم تقصد مع ذلك
الافساد فيه اشكال ينشا مما ذكره المص وهو ان الرضاع سبب لافساد النكاح واذا كان مباحا
لم يوجب الضمان كحفر البير في ملكه فانه لكونه مباحا لا يضمن الحافر ما يتلف بسببه وايضا فان الارضاع
في هذه الحالة احسان خال عن الضرر فيندرج في عموم ما على المحسنين من سبيل ومن ان الاتلاف لمتقوم
مضمون فلا ينتفي الحال فيه بقصد الافساد وعدمه كسائر الاتلافات ولقائل ان يقول ان كان اباحة
السبب موجبا لسقوط الضمان لم يتحقق الضمان في شيء من الصور المذكورة اصلا لانا لا نسلم تحريم الارضاع
على تقدير الافساد وان حرم القصد ولانه يلزم عدم الضمان للمهر لو اقرت لزيد بالنكاح لاعتقادها
كونها زوجة ثم تغير اعتقادها فاقرت لعمرو لان اقرارها الاول مباح وفي نفي محسنية غرمها والنظر
فيه مجال لو سعت الزوجة الصغيرة فارتضعت من الزوجة الكبيرة وهي نائمة رجع في مال
الصغيرة مهر الكبيرة او بنصفه على اشكال فان ارضعتها عند منعها ثم نامت فارتضعت خمسا
احتمل الحوالة بالتحريم على الاخيرة فيسقط ثلث مهر المرضعة بسبب فعلها نصف المهر بوجود الفرقة
قبل الدخول وسقط ثلث مهر الكبيرة فان كانت غير مدخول بها سقط الباقي لانه اقل من النصف الساقط
بالفرقة ويغرم للصغيرة سدس مهرها يرجع به على الكبيرة ويحتمل سقوط سدس مهر الصغيرة وتغرم
الكبيرة ثلثه وسقوط مهر الكبيرة وتغرم الصغيرة سدسه ان كان قبل الدخول وبعده اشكال

[illegible]

هذا

هنا مسئلتان الاولى اذا ارتضعت الزوجة الصغيرة الرضاع من الكبيرة وليس للكبيرة شعور بذلك بان كانت
نائمة ونحو ذلك فان النكاح ينفسخ على ما سبق ويجب للكبيرة مع علم الدخول جميع المهر او نصفه على القولين
وهل يرجع بذلك في مال الصغيرة فيه اشكال ينشأ من التردد في اشتراط انتفاء القصد الى الافساد في نفي ت
الغرم وعدمه ويمكن ان يكون الاشكال باعتبار التردد في الرجوع بعوض البضع وقد سبق الكلام فيه قوله
ص يرجع في مال الصغيرة بمهر الكبيرة او نصفه اشار به الى التردد في استحقاق المهر كله او نصفه بالانفساخ
قبل الدخول لان الفسخ بعد الدخول يوجب المهر جميعه ولا يستحق الزوج الرجوع به لسبق استقراره بالوطي
فلا يكون التردد بالرجوع بالمهر او نصفه على تقدير الدخول وعدمه ب لو ارضعت الكبيرة الصغيرة
عشر رضعات ثم نامت وارضعت الصغيرة خمسا اخرى انفسخ النكاح لبلوغ النصاب المقتضي للتحريم وح
ففي حوالة التحريم على الرضاع الاخير او على مجموع الرضعات احتمالان احدهما الحوالة على الاخير لانتفاء التحريم
قبله وتحققه مع حصوله فيكون هو السبب وما تقدم شرط ومثله ما اذا كان الصيد ممتنعا بسببين
العدو والطيران فابطل واحد عدوه واخر طيرانه فانه يكون للاخير فعلى هذا يسقط مهر الصغيرة
ويضمن مهر الكبيرة قبل الدخول اما جميعه او نصفه على ما سبق الثاني اعتبار سببية المجموع في الضمان
للاطباق على ان المقتضي هو مجموع خمس عشرة رضعة او ما جرى مجراها وابعاضها اجزاء العلة فكل
بعض منها جزء علة ولا ريب ان الجزء الاخير من العلة ليس هو العلة فعلى هذا يسقط المهر وذلك لان
فعلها ثلث السبب فيسقط به ثلث مجموع المهر ونصفه بالفرقة قبل الدخول فيبقى سدس يدفعه الزوج
ويرجع به على الكبيرة واما الكبيرة اذا كانت غير مدخول بها فانها لا تستحق شيئا لان فعلها ثلث السبب
فيسقط به ثلثا المهر ويسقط بالفرقة قبل الدخول نصف المهر والباقي بعد الثلثين اقل منه فلا يبقى
لها شيء ووجه هذا الاحتمال ان تمام الرضاع يتحقق المقتضي للفرقة والمسقط لبعض المهر دفعة
واحدة فيوزع على مقتضاه وفي هذا الاحتمال قوة والاحتمال الثاني اعتبار المسقط من الواجب بعد
الفرقة وذلك هو النصف بناء على ان الفرقة قبل الدخول تشطر المهر فيسقط بفعل الصغيرة ثلث الواجب
بعد الفرقة وهو السدس لان فعلها ثلث السبب والواجب بعد الفرقة هو النصف وثلثه سدس
الاصل ويبقى لها الثلثان وهما ثلث المجموع المسمى فيغرمه الزوج لها ويرجع به على الكبيرة اذا لم يكن
مدخولا بها فانه يسقط بفعلها ثلث الواجب بعد الفرقة فيغرمه الزوج لها ويرجع به على الصغيرة
ويجي هنا احتمال آخر وهو ان يسقط المهر على فعل الكبيرة والصغيرة بالسوية لان كل فعل منهما
مدخولا وهو جزء علة فلا ينظر الى قلته وكثرته كما لو ضربه واحد ضربة واخر عشر ضربات بالجميع هذا

حكمها اذا وقع الرضاع والكبيرة غير مدخول بها اما مع الدخول ففي الحكم اشكال ينشأ من ان المهر قد
استقر بالدخول فلا يسقط منه بالدخول فلا يسقط منه شيء بالسبب الطاري الموجب للفسخ ولا يضمن
فاعل سبب الفسخ شيئا لان استدامة النكاح ليس مقابلا بالمهر ولهذا لو قتل الزوجة قاتل او
قتلت نفسها او شاركا في سبب القتل لم يستحق الزوج الرجوع بشيء من المهر بسبب القتل فلا يضمن
الكبيرة والصغيرة شيئا من مهر الكبيرة بالرضاع بعد الدخول ومن ان البضع متقوم كما قدمناه غير
مرة وتقرر المهر بالدخول لا يخرج البضع عن كونه متقوما ومن اتلف متقوما مقابلا بالمال ضمنه للاجماع
على ان الاتلاف يقتضي الضمان والحاق الحكم هنا بحكم القتل قياس باطل مع انه منقوض بالقتل قبل الدخول
فعلى هذا ان كان قد سلم الكبيرة المهر رجع عليها بثلثه وعلى الصغيرة بثلث والا دفع الثلث ورجع به
في مال الصغيرة وبقي شيء وهو انه على هذا الاحتمال ينبغي ان يكون المضمون بالرضاع بعد الدخول مهر المثل
لانه قيمة المثل بالنسبة الى البضع والتوقف في هذه الاحكام اسلم وان كان الاحتمال الاول من احتمالي
التقسيط والثاني من احتمال الضمان بعد الدخول لا يخلو من قوة الاقرب قبول شهادة
النسا منفردات ولا بد من الاربع ويكفي الشاهدان والشاهد والمراتان ولا يقبل في الاقرار به الا شاهدان
اختلف الاصحاب في انه هل يقبل شهادة النساء في الرضاع منفردات فذهب الشيخ في الخلاف وابن ادريس
الى عدم قبولهن وذهب المفيد وسلار والسيد المرتضى وابن حمزة وجمع من الاصحاب الى القبول
لان ذلك من الامور الخفية على الرجال ولمفهوم رواية ابن عبد الله عن بعض اصحابنا عن الصادق عليه السلام
في امراة ارضعت غلاما وجارية قال يعلم ذلك غيرها قلت لا قال لا تصدق ان لم يكن غيرها فان مفهوم
الشرط انها تصدق اذا كان معها غيرها وهو اعم من الرجال والنساء ويضعف بان المفهوم لا عموم له
وسياتي كمال البحث في المسالة ان شاء الله تع في كتاب القضاء والاصح القبول وعلى هذا فلا بد من اربع
فان كل امراتين بمنزلة رجل واحد ولا يكفي شهادة رجلين اجماعا ورجل وامراتان واما الاقرار
بالرضاع فلا يقبل فيه الا شهادة رجلين لان الاقرار مما يطلع عليه الرجال غالبا بخلاف نفس الارضاع
ويفتقر الى التفصيل فلا تسمع الشهادة به مطلقة وتسمع في الاقرار به ويتحمل الشاهد
باربع شرائط ان يعرفها ذات وان شاهد الصبي قد التقم الثدي وان يكون مكشوفا لئلا يلتبس عند
الحلم وان شاهد امتصاصه للثدي وتحريك شفتيه والتجرع وحركة الحلق ثم يشهد على القطع ان
بينهما رضاعا محرما وان يشهد على فعل الارضاع فليذكر الوقت والعدد والاقرب انه ليس عليه ذكر
وصول اللبن الى الجوف ولا يكفي ذكر حكاية القراين بان يقول رايته قد التقم الثدي وحلقه يتحرك

المص وغيره من الاصحاب بان الشهادة على الرضاع لا تسمع مطلقة بان يقول الشاهدان نشهد ان بينهما
رضاعا محرما او حرمة الرضاع محرمة او اخوة او بنوة لان الرضاع الذي يتعلق به التحريم مختلف فيه
فبعضهم حرم بالقليل وبعضهم بالاتحاد ونحو ذلك فلابد من ذكر الكمية والكيفية التي هي مناط الاختلا ف
ليعمل الحاكم باجتهاده ولا يكفي اطلاق الشهادة لان الشاهد ربما عول في شهادته على معتقده ولم يكن مرضيا
عند الحاكم فيشهد الشاهدان ان الصغير ارتضع من الفلانية من الثدي من لبن الولادة خمس عشرة
رضعة تامات في الحولين من غير ان يفصل بينهما برضاع امراة اخرى وزاد المص في التذكرة في الرضعات
ان يقول متفرقات ولا حاجة اليه لان التعرض الى الرضعات يغني عنه اذ مع التفرق يكون الحاصل
رضعة طويلة لا رضعات وبالجملة فلابد من التعرض الى جميع الشرايط وهل يشترط ان يتعرض الى
وصول اللبن الى الجوف فيه وجهان اقربهما عند المص العدم لان المقتضي لوجوب التفصيل في الشهاد ة
بالرضاع هو وقوع الخلاف في كميته وشرايطه فاعتبر ذكر ما يدفع احتمال استناد الشاهد بالرضاع المحرم
الى اعتقاده الذي لا يكون مقبولا عند الحاكم ووصول اللبن الى الجوف ليس من هذا القبيل فيكفي فيه اطلاق
الشهادة وايضا فانه ليس بمحسوس فلا يعتبر تصريح الشاهد به ويحتمل ان عليه ذكره لتقبل شهادته كما في ذكر
الايلاج في شهادة الزنا ولان متعلق الحرمة هو ذلك والاول اجود لان الشهادة بالرضاع يقتضيه فيكفي عن
ذكره ولا يكفي ذكر حكاية القراين بان يقول رايته قد التقم الثدي وحلقه يتحرك لان حكاية تلك لا تعد
شهادة ولان الشاهد قد يستفيد العلم بحصول اللبن الى الجوف هذه الامور والحكاية لا تبرزه عند
الحاكم وتجويز المبحث ثم ما هو تصير المشاهد للرضاع مشاهدا به بشروط اربعة ان تعرف المرا ة
ذات لبن فلو لم يعرف ذلك لم يصر شاهدا لان الاصل عدم اللبن وان شاهد الصبي قد التقم الثدي فلا
يكفي سماع صوت الامتصاص لانها قد توجره لبن غيرها وربما امتص اصبعه او اصبعها وان يكون
الثدي مكشوفا ليعلم انه التقمه ويغني عن هذا والذي قبله بشاهدته قد التقم الحلمة وان شاهد امتصاصه
للثدي بتحريك شفتيه والتجرع وحركة الحلق لانها ربما التقم الحلمة ولم يرتضع وقد يستفاد من قوله
لم يثبت على القطع ان بينهما رضاعا محرما وان شهد على فعل الارضاع فليذكر الوقت والعدد
ان الشهادة بان بينهما رضاعا تسمع مطلقة فيكون منافيا لما ذكره في اول الكلام وذلك لانه جعل لادا ء
الشهادة صورتين الشهادة بان بينهما رضاعا محرما وان يشهد على فعل الارضاع اعم من الرضاع
المحرم بخلاف ما اذا شهدا بالرضاع المحرم ويمكن ان يجاب بانه لما حكى الامور المعتبرة في صيرورة
الشخص متحملا للشهادة الرضاع المحرم خشي ان يتوهم متوهم ان حكاية الامور التي هي طريق التحمل للشهادة

بالرضاع كاف في الشهادة وقد نقع بانه لابد من الشهادة بالرضاع المحرم على القطع والبت بصورة الجزم
من غير تردد كما هو وظيفة الشهادة والحق ان قوله وان شهدا على فعل الارضاع مشعر بان الشهادة
مفصلة عليه غير لازمة ويستفاد منه ان احد الامرين كاف وذلك يتاتي على سماع الشهادة مطلقة
فلو قال بان تشهد على فعل الارضاع الخ لاندفع هذا المحذور على ان ظاهر العبارة انه اذا شهد
على الفعل كفاه التعرض الى الوقت والعدد لاريب انه لا يكفي ح لو كان الشاهد بالرضاع فقيها موافقا منا
وعلم الحاكم بموافقته اياه في احكام الرضاع كلها فقضية التعليل السابق الاكتفا بالشهادة مطلقة لاندفاع
المحذور ح كما لو كان الشاهد بنجاسة الماء فقيها موافقا في اسباب التحليل فان الشهادة تسمع من دون
اشتراط التفصيل وهذا قوي لكن لا نجد به قايلا من الاصحاب فاعتبار التفصيل اولى وهل يشترط
ان تشهد الشاهدان الوضع بقي اللبن في جوفه لانه لو قاءه لم يتم الرضع المحرم مقتضى التعليل السابق
اعتباره لان هذا من الامور المختلف فيها ولم اجد به تصريحا الا انه ينبغي اعتباره وتسمع الشهادة
بالاقرار مطلقا ولا تفتقر الى التفصيل فلو شهد انه اقر بان فلانة اخته من الرضاع مثلا سمعت
ولم يحتج الى تفصيل الشرايط في الاقرار ومحل القول في ذلك ان الاقرار بالرضاع المحرم مسموع بخلاف
الشهادة به لانه ربما بني على رايه في التحريم او راى لا يعول عليه عند الحاكم ويمكن الفرق بان حكم الحاكم على رجل
وامراة بان بينهما علاقة الرضاع المحرم وهذا امر خطير فلابد من الاحتياط فيه باستفصال ما يدفع
الاجمال بخلاف اقرار المرء على نفسه فان عموم قوله عليه السلام اقرار العقلاء على انفسهم جايز فيجب مواخذته
بظاهر اقراره حتى لو فسر بما لا يقتضي التحريم عند الحاكم لم يقبل منه وهذا الفرق مبين وجيه
وتقبل شهادة امها وجدتها وام الزوج وجدته سواء ادعى الزوج او الزوجة ولو شهدت ام الزوجة
وبنتها او ام الزوج وبنته سمعت ما لم يتضمن شهادة على الوالد ولو شهدت ام المراة او بنتها او جدته
او ام الزوج او بنته لانتفاء المانع سواء كان المدعي للرضاع الزوج او الزوجة الا ان يتضمن شهادة
البنت الشهادة على الوالد بان يكون المدعي للرضاع الزوجة فيشهد بنت الزوج فانها شهادة على
الوالد وقالت العامة ان كانت المراة مدعية والرجل منكر لم يقبل شهادة ام المراة وبنتها لانها
شهادة البنت او اللام ويقبل لو كان المدعي الزوج لانها شهادة على الام او البنت وهذا عندنا ساقط
لان البضع البعض غير مانع من قبول الشهادة وحكى المص في التذكرة عن الشافعية انه لا يقبل
شهادة البنت على امها بانها ارضعت من ام الزوج لان الشهادة على الرضاع يشترط فيها المشاهدة
ولم يتعرض الى ذلك بقبول ولا رد وقد يقال ان تحمل الشهادة قد يحصل بقول الثقات على وجه يتم

اليقين

اليقين ولو شهدت الام او البنت من غير تقدم دعوى على طريق الحسبة قبلت كما اذا شهد ابو الزوجة وابنها
او ابناها على ان زوجها قد طلقها ابتداء فانه يقبل ولو ادعت الطلاق فشهدا لم يقبل ولو
شهدت المرضعة ان بينهما رضاعا قبلت ولا يقبل لو شهدت مع ثلث اناث لانه لا يترتب النفقة
والميراث هنا ولو شهدت باني ارضعته فالاقرب القبول ما لم يدع اجرة وقد سبق ان المرضعة اذا شهدت
على الرضاع وحدها لم يقبل عندنا فاما اذا شهدت مع ثلث نسوة بناء على قبول شهادة النساء منفردات
في الرضاع فلا يخلو اما ان تشهد بالرضاع في الجملة من غير ان تسنده الى نفسها او تشهد بانها ارضعته
فاما ان تدعي مع ذلك اجرة او لا فهذه صور ثلث وان شهدت وادعت الاجرة لم يقبل شهادتها
للتهمة لانها تشهد لنفسها وفي وجه للشافعية انها لا تقبل في الاجرة وتقبل في ثبوت الحرمة وان
تشهد بالرضاع ولم تسنده كما لو شهدت بان الرضاع بينهما مثلا مع التفصيل المعتبر او بانهما
ارتضعا فانه لا يتضمن فعلا لها اذ ربما كانت قبلت لانتفاء المانع ولا نظر الى ما يتعلق به من ثبوت
المحرمية وجواز الخلوة والمسافرة فان الشهادة لا ترد بمثل ذلك فان شهادة الشاهدين بان فلانا طلق
زوجته او اعتق امته يقبل وان كان يستفيد ارحل المناكحة وفي وجه للشافعية ان المعزول لو شهد
بالحكم لم يسنده الى نفسه بان قال حكم حاكم به لم يقبل وذكروا انه مثله في الرضاع ولو سندت الرضاع
الى نفسها فشهدت بانها ارضعتهما بالشرائط فاقرب الوجهين عند المصنف العمل لانها لا تجر بهذه
الشهادة نفعا ولا تدفع ضررا وعلمها اقوى من علم غيرها وفي رواية ابي بكير السالفة تشعر بذلك
ويحتمل العدم لان شهادة الانسان على فعل نفسه لا يقبل كما لو شهد الحاكم على حكم نفسه بعد العزل لا
يقبل وكذا القسام لو شهد على القسمة والاصح الاول وهذا بخلاف ما لو شهدت بانها ولدتهما او انها
ولدته فانه لا يقبل هنا جزما والفرق ان الولادة يتعلق بها حق النفقة والميراث وغير ذلك من الحقوق
المقصودة وفرق بين الحاكم والقسام وبين المرضعة بان فعلهما مقصود يتعلق به الحكم المتنازع فيه وفعل
المرضعة غير مقصود بالاثبات فان التحريم لا يتعلق بفعلها بل بوصول اللبن الى الجوف فلو اتفق ذلك
وهي نائمة او مكرهة اثمر التحريم وبان الحاكم والقاسم متهمان لانهما يثبتان لانفسهما العدالة ووجوب
اتباع حكمهما بخلاف المتنازع ولو ادعى بعد العقد انها اخته من الرضاع او امه وامكن فان
صدقته قبل الدخول بطل العقد ولا مهر ولا متعة وان كان بعد الدخول فلها المسمى مع الجهل ولا
شيء مع العلم بالتحريم ويحتمل مع الجهل مهر المثل اي لو ادعى الزوج بعد العقد على الزوجة اختها
من الرضاع او امها وامكن ذلك بانه لم يكذبه الحس فاما ان تصدقه الزوجة او تكذبه فان صدقته فاما

ان يكون ذلك قبل الدخول او بعده فان كان بعده والعقد باطل فلا مهر ولا متعة لها لانتفاء النكاح
وان كان بعد الدخول فلها المسمى في قول الشيخ ان كانت جاهلة بالتحريم وان كانت عالمة فلا شيء
لها اذ لا مهر لبغي ووجه قول الشيخ ان العقد هو سبب ثبوت المهر لانه مناط الشبهة فكان كالصحيح
المقتضي لتضمين البضع بما وقع التراضي عليه في العقد ويدل عليه قوله سبحانه اذا جاءكم المؤمنات
مهاجرات الى قوله وآتوهم ما انفقوا ويحتمل وجوب مهر المثل مع الجهل لان العقد باطل فلا يلزم
منه مهر لبطلان ما تضمنه وقد تقرر في الاصول ان الباطل لا يترتب عليه اثره وانما الموجب
له وطي الشبهة ولا تعلق له بالمسمى ولان الواجب في الاتلافات انما هو قيمة وقيمة منافع البضع هو مهر
المثل فوجب ضمانه وهذا هو الاصح ولان المسمى انما هو في النكاح الصحيح دون غيره وهنا ضابط هو
وهو ان كل نكاح حكم فيه بفساد العقد يجب بالوطي فيه مهر المثل اذا كانت المراة جاهلة وكل عقد
صحيح يعقبه فسخ بعد الدخول يجب فيه المسمى وان كذبته قبل الدخول ولا بينة حكم عليه
بالحرمة ونصف الصداق ويحتمل الجميع وبعده الجميع قد سبق حكم ما اذا صدقته الزوجة على ان بينهما
رضاعا محرما فاما اذا كذبته فان كان قبل الدخول فلا بينة حكم عليه بالحرمة لعموم اقرار العقلاء على
انفسهم جائز ولانه يملك الفرقة فاذا اعترف بما يتضمنها قبل ولا يقبل قوله بالنسبة الى المراة في
فساد اصل النكاح فعلى هذا وله احلافها ان ادعى عليها العلم يجب نصف الصداق ولانها فرقة
قبل الدخول من طرف الزوج فاشبهت الطلاق ويحتمل الجميع قطعا لوجوبه بالعقد وتشطيره
لا يقتضي بخلاف غيره به فان القياس عندنا باطل وهذا اصح والاول اشهر وبعد الدخول يجب الجميع
قطعا ويحكم بالفرقة لما قلناه وهذا كله اذا لم يكن بينة اما معها فان الحكم كما لو صدقته وكذا الحكم لو
ردت عليه اليمين فحلف اما لو حلفت هي او نكل بعد الرد فان الحكم ما سبق ولو ادعته هي سمعت
وان كانت هي التي رضيت بالعقد لجواز جهلها به حالة العقد وتجدد العلم بخبر الثقات فان صدقها
الزوج وقعت الفرقة وثبت المهر مع الدخول وجهلها والا فلا ولكونها لم تقع الفرقة وليس لها
المطالبة بالمسمى قبل الدخول وبعده ويحتمل مطالبته بمهر المثل بعد الدخول كان المدعي للرضاع له
هو الزوجة سمعت دعواها وان كانت هي التي رضيت بالعقد لجواز جهلها به حال العقد و
تجدد العلم بخبر الثقات فلا يكون فعلها مكذبا لدعواها وقضية هذا التعليل انها لو اخبرت
بانها كانت عالمة بالتحريم حين العقد لا تسمع الدعوى لمنافاتها لفعلها [illegible] [illegible] في طرف الزوج
اذا تقرر ذلك فاعلم انه ان صدقها الزوج على دعواها وقعت الفرقة وثبت مهر المثل مع الدخول

مع حملها على الاحتمال السابق وان لم يدخل او كانت عالمة فلا شئ لها لما مر وان كذبها فالنكاح باق
ولا يقبل قولها في الفسخ لانه حق عليها وليس لها المطالبة قبل الدخول بالمسمى لان العقد فاسد بزعمها
والفاسد لا يستحق مهرا وكذا بعد الدخول لبطلان المسمى وهل يطالب بمهر المثل تردد وقد حكاه
الشارح الفاضل قولا للشيخ ووجه الاحتمال ان الوطي المحرم اذا لم يكن بعقد صحيح او ملك يجب له
مهر المثل كما نبهنا عليه واذا جهلت التحريم استحقت بالوطي ذلك اما اذا علمت فلا شئ لها اذ لا مهر لبغي
واختار المص في التذكرة ان لها اقل الامرين من المسمى ومهر المثل لانه ان كان المسمى اقل فلا يقبل
قولها في وجوب زائد عليه بل القول قوله بيمينه وان كان الاقل مهر المثل لم يستحق اكثر منه لاعترافها بان
استحقاقها انما هو بوطي الشبهة لا بالعقد وهذا هو الاصح   ولها احلافه على نفي العلم وان نكل حلفت
على البت فيحكم بالفرقة والمهر مع الدخول لا قبله ولو نكلت او كان قد حلف الزوج اولا فان كان قد وقع
الصداق لم يكن له مطالبتها به والا لم يكن لها المطالبة وكان العقد ثابتا اي لا توجه في الصورة المذكورة
احلاف الزوج على نفي العلم بالرضاع المحرم بينهما لما سيأتي ان شاء الله تعالى في احكام القضاء ان الحالف
على نفي فعل الغير يحلف على نفي العلم والحالف على اثبات الغير او اثبات فعل نفسه او نفي فعله انما
يحلف على القطع والبت فان حلفت اندفعت دعواها ظاهرا وبقي النكاح لكن فيما بينها وبين
الله سبحانه ان كانت صادقة فيما اقرت به لا يحل لها مساكنته ولا تمكينه من وطيها وعليها ان تفر منه
وتفتدي نفسها بما امكنها لان وطيه لها زنا ونظره وتلذذه بها محرمات فعليها التخلص بكل طريق
ممكن كالتي عرفت انها مطلقة وجحد زوجها ذلك وان نكل ردت اليمين عليها فتحلف على البت فاذا
حلفت حكم بالفرقة ووجب بالدخول مهر المثل اذا لم تكن عالمة بالتحريم حين الوطي لثبوت دعواها
بحلفها وقيل لا تستحق شيئا فان كان الزوج قد حلف او نكل فردت اليمين عليها او نكلت هي ايضا وكان
قد دفع المسمى لم يكن له مطالبتها به لانها تستحقه بزعمه فكيف يطالب به وان لم يكن لها المطالبة به
لانها بزعمها لا تستحق بل مهر المثل فلا يجوز مطالبتها به ومع ذلك فالنكاح ثابت ظاهرا ولا يخفى انه لو
كان المدعي هو كان له احلافها على نفي العلم ان ادعى عليها العلم وح فان حلفت طالبت بالمسمى وان نكلت
فحلف هو انفسخ النكاح ولم يكن لها المطالبة بشيء قبل الدخول وبعده فطالب بمهر المثل ان ساوى
المسمى او نقص ولو نكل فكما لو حلفت هي   والاقرب انه ليس لها مطالبته بحقوق الزوجية على
اشكال في النفقة يريد انه اذا حلف الزوج فيما اذا كانت هي المدعية او نكل فردت اليمين عليها
فنكلت ايضا كان النكاح باقيا وعلى هذا فالاقرب عنده انه ليس لها مطالبته بحقوق الزوجية لان ه

حقوق الزوجية تابعة للزوجية وهي منتفية باقرارها فلا يمكن من المطالبة بما لا تستحقه ويحتمل ضعيفاً
ان لها ذلك لان الزوجية ثابتة في نظر الشارع فاستحقت شرعاً توابعها ويضعف بان ثبوت
الزوجية ظاهراً لا يقتضي ثبوت توابعها مع اعتراف الزوجة بعدم الاستحقاق فان اقرار العقلاء
على انفسهم جائز لكن في النفقة اشكال ينشأ من انتفاء مقتضاها بزعمها ومن انها معطلة لاجله
وممنوعة من التزويج بسببه فلو لم يجب عليه نفقتها لزم الاضرار بحالها مع انه معترف بوجوب نفقتها
عليه وفرق بين النفقة وغيرها من الحقوق فان النفقة لو بذلها لم يحرم عليها اخذها واما النظر
واللمس والاستمتاع فلو اراده منها وجب عليها الامتناع لمقتضى دعواها واعلم ان الشارح الفاضل
وولد المص خص حقوق الزوجية التي قرب المص المطالبة بها بما عدا الوطي ومشابهه مما يحرم على
غير الزوج قال فانه ليس لها ذلك قطعاً بل ما لا يستلزم ذلك كما لو وهبت مورثه لزوجها او نذر
وكالكفن وغير ذلك وما ذكره قريب لانه يبعد احتمال المص جواز مطالبة الزوجة في المحل المفروض
للزوج بالوطي ونحوه من الاستمتاعات حتى اللمس والخلوة كل ذلك حرام عليها بزعمها فكيف تطالب
به ويمكن ان يقال انما يحرم عليها ذلك فيما بينها وبين الله تعالى اذا كانت صادقة اما ظاهراً فلا لان
النكاح ثابت ظاهراً ولو رجعت عن دعواها وصدقت الزوج في عدم التحريم قبل ذلك منها ولم يمنع
المطالبة بالحقوق ح فلا اقل من ان يجعل مطالبتها بمنزلة الرجوع وللنظر في ذلك كله مجال وعلى ما
ذكره المص من انه لو رجع المعترف منهما لم يقبل رجوعه ينبغي الجزم والقطع بانه ليس لها المطالبة
بشي من ذلك الا النفقة فان فيها احتمالا ضعيفاً وهذا هو المختار   ولو رجع بعد اقراره عنه
بعد الفرقة لم يقبل رجوعه وان ادعى الغلط وان اعترف قبل العقد بالرضاع المحرم على الاقرار
بعد الحكم بالفرقة بين الزوجين لم يقبل رجوعه لان اقرار العقلاء على انفسهم جائز فلا يقبل
الانكار بعده ويلوح من التقييد بقوله بعد الفرقة ان الرجوع لو كان حيث لم يحكم بالفرقة بينهما
يقبل ويمكن توجيهه بثبوت النكاح وبقائه شرعاً فرجوعه بمنزلة الرجوع عن انكار النكاح الذي
تضمنه الاقرار واطلق في التذكرة عدم قبول الرجوع عن الاقرار فيتناول ما اذا حكم بالفرقة
وعدمه وحكي عن ابي حنيفة قبول الرجوع من المقر عن اقراره من غير فرق بين الرجل والمرأة
ولمن سبق الاقرار بالعقد لم يجز العقد قطعاً سواء الرجل والمرأة ولو سبق الاقرار العقد
سواء صدقه الآخر ام لا ولو رجع منهما بدعوى ذلك عليه من الزوج الآخر لم يقبل رجوعه
قطعاً لانه رجوع عن الاقرار بالدعوى فلا يقبل   ولو اقر برضاع ممتنع لم يلتفت به حكم

قبل العقد

قبل العقد وبعده وذلك لانه اقرار باطل لانه ممتنع الوقوع معلوم الانتفا ولا يلزم مقتضاه سواكان
قبل العقد او بعده وذهب ابو حنيفة الى القبول عملاً بمقتضى الاقرار كما اذا كان ممكناً والفرق ظاهر

كل من وطى بالعقد الصحيح الدائم او المنقطع او الملك حرم عليه ام الموطوءة وان علت
وبناتها وان نزلن سوا تقدمت ولادتهن او تاخرت وان لم يكن في حجره تحريماً مؤبداً واخت الزوجة فج
جمعا وكذا بنت اختها او بنت اخيها الا ان ترضى الزوجة وله ادخال العمة والخالة عليهما وان كرهت
للدخول عليها عرف بعضها المصاهرة بانها جهة توجب الحرمة بين اقربا الزوجين بعقد او وطى صحيح
او شبهة او زنا مؤبداً اولا ويلزم عليه ان يكون لفظ المصاهرة منقولاً عن معناه اللغوي ولم يثبت والاصل
عدمه والاولى ان يقال انها علاقة مخصوصة حادثة بين الزوجين وبين اقرباهما بسبب النكاح
توجب الحرمة ويلحق بالنكاح الوطى والنظر واللمس في مواضع مخصوصة اذا عرفت ذلك فاعلم ان السبب
المحرم في هذا الباب اما العقد او الوطى والنظر واللمس وقدم الوطى لان التحريم به اشمل ونحن نقدمه
فنقول كل من وطى امراة بالعقد الصحيح الدائم او المنقطع او الملك حرم عليه ام الموطوءة وان علت
وبناتها وان نزلن سوا تقدمت ولادتهن على الوطى او تاخرت عنه وسواكن في حجره تحريماً مؤبداً
متعلقاً بعينهن والاصل في ذلك كله قوله تع وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي
دخلتم بهن والامهات بصيغة الجمع يتناول الام حقيقة ومجازاً وروى غياث ابن ابرهيم عن الصادق ع
عن الباقر عليه السلم ان علياً عليه التحية والسلم قال اذا تزوج الرجل المراة حرمت عليه ابنتها اذا دخل بالام فاذا
لم يدخل بالام جمعاً واما الاخت الموطوءة بالملك فانما يحرم وطيها ولهذا غير المص الاسلوب فقال واخت
الزوجة جمعاً ولم يقل واخت الموطوءة اي يحرم جمعاً في النكاح بينها وبين اختها لا عيناً لا يحرم الجمع بينهما
في الملك وكذا القول في العمة وبنت اخيها والخالة وبنت اختها فانه لا يحرم ادخال الصغيرتين في الملك ويحرم
في النكاح الا ان ترضى الكبيرتان ودليل ذلك قوله تع وان تجمعوا بين الاختين والاخبار في ذلك متواترة
مثل صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلم فيمن تزوج امراة بالعراق واخرى بالشام فاذا هي اخت العراقية
قال يفرق بينها وبين التي تزوجها في الشام ولا يقرب المراة حتى تنقضي عدة الشامية وروى محمد في الصحيح عن
الباقر عليه السلم قال لا تزوج ابنة الاخت على خالتها الا باذنها وتزوج الخالة على ابنة الاخت بغير اذنها وعن
علي بن جعفر عن اخيه الكاظم ع قال سألته عن امراة تزوج على عمتها وخالتها الا برضا منهما فمن فعل فنكاحه باطل حـ
باطل واكثر اهل الاسلام اطبقوا على التحريم في ذلك وذهب ابن ابي عقيل وابن الجنيد الى عدم التحريم وهو
قول ضعيف متروك كما انه ضعف قول الصدوق في المقنع في التحريم مطلقاً والقائلون بالتحريم من اصحابنا

فلا باس ان يتزوج بالابنة وان لم يدخل بها
الابنة فلا يحل له الام وان لم يطلقها

اجمعوا على جواز الجمع بين العمة والخالة وبين بنت الاخ وبنت الاخت برضا الكبيرتين سبق نكاحهما او تأخر
وخالف في ذلك العامة كافة   وهل يلحق الوطي بالشبهة والزنا بالصحيح خلاف ولا يحرم الزنا المتاخر
عن العقد ان قلنا بالتحريم به مع السبق   قد عرفت ان الوطي بالعقد والملك الصحيحين يحرم تحريم الام والبنت
بغير خلاف بين المسلمين وهذا هو الوطي الصحيح فاما الوطي بالشبهة والزنا ففي لحاقهما بالوطي الصحيح في افادة
تحريم المصاهرة خلاف فاما الوطي بالشبهة فالمراد به الوطي في نكاح فاسد او شراء فاسد لا يعلم بفساده او اذا
ظن امراة زوجته او امته فوطئها وكذا وطي الامة المشتركة بينه وبين غيره وامثال ذلك قال المص في التذكرة
وهذا يتعلق به التحريم اجماعا لتعلقه بالوطي المباح ثم حكى عن ابن المنذر انه قال اجمع كل من يحفظ عنه العلم من
علماء الامصار ان الرجل اذا وطي امراة بنكاح فاسد او بشراء فاسد انها تحرم على ابيه وابنه واجداده وولد
ولده وهذا مذهب مالك والاوزاعي والثوري والشافعي واحمد وابي ثور واصحاب الراي واصحاب النص
وهم الامامية هذا كلامه وظاهره عدم الخلاف في ذلك الا ان ابن ادريس منع التحريم فيه وقد حكاه المص عنه
في المختلف وكذا الزنا يحرم كما سيأتي ان شاء الله تع فالوطي بالشبهة اولى لانه وطي محرم شرعا فيكون لاحقا
بالوطي الصحيح في ثبوت حرمة المصاهرة اولى من الزنا ولان معظم احكام الوطي الصحيح لاحقة به فان اعظم
احكامه النسب وهي في الشبهة كالصحيح وكذا وجوب المهر ويخالفه المحرمية لان النظر فانها متعلقة بكمال حرمة الوطي
لانها اباحة لحل النظر ولان الموطوءة لم تستبح النظر اليها فلا يجوز لاجل ذلك ان تستبيح النظر الى امها وبنتها
اختلف الاصحاب في الحاق الزنا بالصحيح في افادة حرمة المصاهرة فقال الشيخ وابو الصلاح وابن
البراج وابن زهرة وابن حمزة واكثر المتاخرين بالتحريم وهو الاصح لصحيحة منصور بن حازم عن الصادق ع
في رجل كان بينه وبين امراة فجور هل يجوز ان يتزوج ابنتها فقال اذا كان قبلة او شبهها فليتزوج
ابنتها وان كان جماع فلا يتزوج ابنتها وليتزوجها هي والنهي للتحريم ولان ام المزني بها وبنتها من الرضاعة
يحرم فمن النسب اولى اما الاولى فلصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلم في رجل بامراة ايتزوج ا
امها من الرضاعة او ابنتها قال لا واما الثانية فلان النسب اصل للرضاع في التحريم والرضاع فرعه وتابعه
لظاهر قوله عليه السلم الرضاع لحمة كلحمة النسب وقوله عليه السلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ويمتنع
ثبوت الحكم في التابع من حيث هو تابع بدون المتبوع ولظاهر قوله تع وامهات نسائكم وهو شامل للمزني بها لان
الاضافة تكفي فيها ادنى ملابسة وقال المفيد والمرتضى وسلار وابن ادريس بعدم التحريم بقوله تع واحل
لكم ما وراء ذلكم وقوله سبحانه فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولقول الصادق عليه السلم وقد سئل عن الرجل
ياتي المراة حراما ايتزوجها قال نعم وامها وبنتها وفي رواية عنه ع في رجل فجر بامراة ايحل له بنتها قال نعم

والحرام لا يفسد الحلال والجواب ان عموم الايات مخصوص باخبار التحريم والايتان وان كان استعماله في الوطي اكثر
الا انه يحتمل غيره فلا تعارض التصريح الصحيح والرواية الاخيرة منزلة على كون الزنا بعد نكاح البنت لان فيه
جمعا بين الدلايل وظاهر الرواية لا يابى ذلك فعلى هذا يثبت تحريم الام والبنت ان لم يسبق نكاح احدهما فان
سبق لم يحرم المنكوحة ولا فرق بين تحريم المنكوحة بين كونها معقودا عليها او موطوءة بالملك وان كان المذكور
في العبارة هو العقد واعلم ان الاصح ايضا ان المزني بها يحرم على ان الزاني وابنه والخلاف كما تقدم ويدل على
ذلك الاجماع المركب فان كل من اثبت التحريم في السابق اثبته هنا ومن نفى ثم نفى فالفرق واحد ان قول ثالث
والظاهر قوله تع ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء والنكاح حقيقة لغوية في الوطي والنقل على خلاف
الاصل اما النظر واللمس بما يحرم على غير المالك والقبلة فلا وقيل انما يحرم على اب اللامس والناظر وابنه
خاصة فيما يكانه وعدام المنظورة والملموسة وابنتيهما واختهما والاقرب الكراهية ولا خلاف في انتفاء
التحريم بما يحل لغير المالك كمسه والقبلة هل يثبت شي من ذلك تحريم المصاهرة فيه اختلاف وتحريم مباحث
لان البحث في تحريم هذه او بالمملوكة بالنسبة الى ان المالك وابنه او بالنسبة الى ام المراة وبنتها وان لم تكن
مملوكة او في الاجنبية اذا ملك جارية ونظر او لمس منها ما يحرم على غير المالك فهل يحرم على
ابيه وابنه فيه اقوال الاول عدم التحريم قاله اختاره المصنف جماعة للاصل ولعموم الايات مثل فانكحوا ما
طاب لكم من النساء واحل لكم ما وراء ذلكم او ما ملكت ايمانكم ولموثقة علي بن يقطين عن العبد الصالح في
الرجل يقبل الجارية يباشرها من غير جماع داخل او خارج اتحل لابنه وابيه قال لا باس ويرد عليه ان
النصوص الواردة بالتحريم ناقلة عن حكم الاصل مخصصة للعموم والرواية ليس فيها تصريح بان ذلك عن شهوة
ويقيد بان ذلك عن شهوة لان المطلق يحمل على المقيد ولو ثبت عمومها من جهة ترك الاستفصال خص
بما دل على التحريم بفعل ذلك مع الشهوة ب التحريم بالنظر واللمس اذا كان بشهوة كالوطي وهو قول الشيخ
في ية واتباعه فاختاره المص في المختلف وهو الاصح لقوله تع وحلايل ابنايكم وجه الاستدلال به مقتضاه
التحريم لمجرد الملك لكن خرج عنه ما اذا تجرد عن الجماع والنظر واللمس فيبقى الباقي على العموم وكذا احتج المص
في المختلف وفيه نظر لان الظاهر ان الحليلة هي الزوجة ولان النظر واللمس بشهوة اقوى من
العقد المجرد فيكون التحريم به اولى ولصحيحة محمد بن اسمعيل ابن الحسن عليه وقد سالة عن الرجل تكون له
الجارية فيقبلها هل تحل لولده فقال بشهوة قلت نعم قال ترك شيئا اذا قبلها بشهوة ثم قال ابتدا منه ان
جردها فنظر اليها بشهوة حرمت على ابيه وابنه قلت اذا نظر الى جسدها فنظر اليها بشهوة حرمت عليه
وفي صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلم قال اذا جرد الرجل الجارية ووضع يده عليها فلا تحل

كذا [illegible] وليس كذلك [illegible] المراد ان النظر
النظر اللمس كذلك الا ان [illegible] يحرم على [illegible]
الى ما عدا [illegible]

لابنه لا لقال مادلت عليه الروايه احص من المدعي فان الروايه دلت على التحريم بالنظر الى العوره
والمدعى التحريم بالنظر الى ما يحرم على غير المالك لانا نقول لا قايل بالفرق فاذا ثبت التحريم في بعض الصور
للنص ثبت في الباقي للاجماع المركب ويحتج على القول بان النظر واللمس يحرمان منظورة الاب وملموسته
على ابنه دون العكس وهو قول المفيد وقد يحتج بصحيحة محمد بن مسلم السابقة ولا حجة فيها
لان التحريم من الجانبين بذلك ثبت بنصوص اخرى   الحكم بالتحريم السابق انما هو في الا مر
لان الحره تحرم على الاب والابن بمجرد العقد عليها كما سياتي ذلك في عبارة الكتاب وعلى ذلك فالتحريم
بالنظر واللمس انما هو بالنسبة الى الاب والابن اما بنت الملموسة والمنظورة المعقود عليها وبنتها
وامها اذا كانت مملوكة ففي تحريمهن بالنظر واللمس قولان للاصحاب احدهما قول ابن الجنيد فانه قال
ان اللمس والقبل والنظر الى العوره وما جرى مجراها عمدا يحرم البنت من نسب كانت او رضا عا
وقال الشيخ في الخلاف ان القبلة واللمس يحرم الام وان علت والبنت وان نزلت وقال في مسئلة اخرى
اذا نظر الى فرجها تعلق به تحريم المصاهره والثاني عدم التحريم بذلك وهو مختار اكثر المتاخرين
وهو الاصح لنا قوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم والنظر واللمس والتقبيل لا يطلق على
شيء منها الدخول ووجه الاستدلال به ان الايه دلت على تحريم بنت المعقود عليها ما لم يدخل فثبت ذلك
في امة المملوكة وبنتها بالاجماع المركب اذ لا قايل بالفرق ذكره المص في المختلف وبصحيحة عيص بن
القسم قال سالت ابا عبد الله عليه السلم عن رجل باشر امراته وقبل غير انه لم يفض اليها ثم تزوج
ابنتها قال ان لم يكن افضى فلا باس وان كان افضى فلا يتزوج احتج في الخلاف باجماع الفرقه
واخبارهم وطريقة الاحتياط وبما روي عن النبي صلى الله عليه واله انه قال لا ينظر الله الى رجل نظر
الى فرج امراته وابنتها ولقوله عليه السلم من كشف قناع امراة حرم عليه امها وبنتها ويحتج
له بصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلم قال سالته عن رجل تزوج بامراة فنظر الى را سها
والى بعض جسدها ايتزوج ابنتها قال اذا راى منها ما يحرم على غيره فليس له ان يتزوج ابنتها وغيرها
من رواية ابي الربيع عن الصادق عليه السلم ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلم وجمع الشيخ بين
هذه الاخبار وما سبق من دلايل عدم التحريم بالحمل على الكراهة لان الاية صريحة في عدم التحريم
وهو جمع ظاهر وبه اجاب المص في المختلف   حكم الشيخ في الخلاف بان اللمس والقبلة بشبهة
تحرم الام وان علت والبنت وان نزلت وساوى بينه وبين اللمس والقبلة المباحين وهو
ضعيف   اختلف القايلون بان الزنا ينشر حرمة المصاهره في ان النظر المحرم الى الاجنبية

هل ينشر الحرمة فيحرم به الام وان علت والبنت وان نزلت كذا نقل الشارح الفاضل والاشبه نفيه
ضعف القول بالتحريم اذا عرفت ذلك فاعلم ان المراد بالشهوة في قولنا ان اللمس بشهوة والنظر
بشهوة يحرمان هي الميل الطبيعي فلو كان القصد اخذ كلمس عضو المريض لتعلم حاله ونحو ذلك
فليس هو من قبيل المحرم فلا تعتبر انتشار العضو ولا حركته عندنا ويستفاد من قول المص ولا خلاف
بانتفاء التحريم بما يحل لغير المالك كنظر الوجه ولمس الكف ان محل النظر واللمس المذكوران في الامة
للاجنبي وفي محل اللمس تردد ثم ارجعه الى قول الصادق عليه السلم وقيل انما يحرم على اب اللامس والناظر
وابنه خاصة فيما لمكانه واعلم ان الضمير في قوله يحرم يعود الى الملموسة والمنظورة واراد بقوله
الاحتراز عما صرح به بقوله دون ام المنظورة وقوله فيما لمكانه احترازا عن حكاية الخلاف في
المنظورة والملموسة بالنسبة الى اب اللامس وابنه مع ان الخلاف في امها وبنتها استضعافا له فكانه
عنده غير ملتفت اليه اما العقد المجرد عن الوطي فانه يحرم ام الزوجة وان علت تحريما
مؤبدا على الاصح وهل يشترط لزومه مطلقا اي من طرفيه او تقدمه مطلقا نظر فلو عقد عليه
الفضولي عن الزوجة الصغيرة ففي تحريم الام قبل الاجازة او بعد فسخها مع البلوغ نظر
هذا بيان حكم ترتب المصاهرة على العقد خاصة واخره من بيان حكم النظر واللمس في ذلك لانهما
من توابع الوطي وتحقيق الكلام في ذلك ان العقد المجرد عن الوطي يحرم ام الزوجة وان علت
تحريما مؤبدا عند اكثر فقهائنا الاسلام وخالف ابن ابي عقيل من اصحابنا في ذلك فاشترط
لتحريمها الدخول بالزوجة كالبنت وهو احدى القولين للشافعي من الفقهاء الاربعة والمذهب
هو التحريم لان قوله سبحانه وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم
بهن صريح في اعتبار الدخول في تحريم الربيبة دون ام الزوجة من وجهين الاول ان من في قوله
سبحانه وامهات نسائكم ان علقتها من نسائكم من قوله عز وجل وامهات نسائكم كانت لبيان
النساء وتمييز المدخول بهن من غير المدخول بهن وان علقتها بربائبكم من قوله تقدس وعلى
وربائبكم اللاتي في حجوركم كانت من لابتداء الغاية كما تقول بنات رسول الله صلى الله عليه وآله
من خديجة ويمتنع ان يعني بالكلمة الواحدة في خطاب واحد معنيان مختلفان فان قيل
تعلق الجار بهما ويجعل معناه مجرد الاتصال على حد من في قوله تع المنافقون والمنافقات
بعضهم من بعض ولا ريب ان امهات النساء متصلات بالنساء لانهن امهاتهن كما ان الربائب
متصلات بامهاتهن لانهن بناتهن قلنا في ذلك ارتكاب اختلاف الظاهر من غير ضرورة وانه

المنافقين ولا يحتمل غيره ذلك على ان المنقول في كلامهم ان تحريم امهات النساء مبهما دون تحريم
الربائب المانع من مع الدخول بامهاتهن وان امهات النساء حرام مطلقا فحرموا وابهموا ما ابهم
الله تعالى قد تقرر في الاصول ان رجوع الوصف والشرط والاستثناء بعد جمل بعد متعاقبتين
فصاعدا انما هو الى الاخيرة الا ان يدل على دليل على خلافه وفي عدة اخبار التصريح بتحريم
الام وان لم يدخلها بالبنت من طرف اهل الخاصة والعامة وقد روى اصحابنا عنهم روايات
صحيحة بعدم التحريم الا مع الدخول كالربيبة وبعضها صحيحة لا تقبل التاويل وحكم الشيخ بشذوذها
لمخالفتها كتاب الله تعالى وصرح المص في المختلف بقوة هذه الاخبار ومنع لمخالفتها للكتاب العزيز
واظهر التوقف ثم رجح التحريم بالاحتياط وفتوى الاكثر ولقائل ان يقول ان تعليق من بالنساء
والربائب معا انما يتم بارتكاب خلاف الظاهر كما بيناه فالمخالفة ثابتة واخبار الاحاد المخالفة
لما عليه اكثر اهل الاسلام ولظاهر كتاب الله كيف كان يمكن التمسك بها والحكم بقوة العمل بها
مع انهم تمسكوا بالاجماع فيما فيما يكون الخلاف فيه اظهر من الخلاف هنا فان ابن ابي عقيل قد انقرض
القائل بمقالته وتحقق الاجماع فالتحريم هو المفتى به اذا عرفت هذا فاعلم انه هل يشترط التحريم ام
المعقود عليها بل كل تحريم يترتب على العقد ان يكون عقد النكاح لازما من الطرفين وهو الذي
اراده المص بقوله مطلقا ام يكفي للتحريم لزومه من طرف الزوج فقط ام لا يشترط واحد منهما
فيثبت التحريم بمجرد حصول العقد الفضولي وان كان فضوليا من الطرفين فيه نظر ينشأ من قيام
الدليل على كل من الاحتمالات الثلثة اما الاول فلعموم الايات الدالة على اباحة نكاح من يتناوله محل
النزاع من قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم خرج منه ما اذا كان العقد لازما من الطرفين لانه
العقد الصحيح الذي يترتب عليه اثره بالنسبة الى كل من الزوجين فيبقى الباقي على اصل الحل
ووجه الثاني لان التحريم دائر مع لزوم العقد ووجه الثالث لقوله تعالى وامهات نسائكم والاضافة
تصدق بادنى ملابسة فعلى هذا لو عقد الفضولي عن الزوجة الصغيرة على رجل مباشر للعقد
او وكيله بدليل قوله او بعد فسخها حيث خص الفسخ بها على ان كون الفسخ منها لا يمنع جوازه
من الزوج فلا يستلزم كونه غير فضولي من طرفه ففي تحريم الام قبل الاجازة نظر يعلم مما سلف وكذا
في تحريمها بعد فسخ الصغيرة مع كونها قد بلغت اذ ازالت العقد بفسخها قبله نظر ينشأ من ثبوت العقد
اللازم من طرفه فذلك يقتضي تحريم الام مؤبدا ومن انه بالفسخ تبين ان لا نكاح وقد سبق
الكلام على ذلك في المطلب الخامس في احكام الاولياء والتحقيق ان حكمنا بكون الاجازة من الرف

على ما عليه كلامهم وقد روى اصحابنا عن الصادق ع ان عليا عليه السلم كان يقول ان الربائب عليكم حرام ... ع

جيد

اواحدهم

او احدهما جزء السبب فالذى تقتضيه صحيح النظر عدم التحريم لان اطلاق العقد انما يحمل على الصحيح وهو الذى
يترتب عليه اثره والحاصل فى العقد الفضولى انما هو جزء السبب وبنيه صدق النسا على الذى عقد عليها
او كون الاضافة يكفى فيها ادنى ملابسة معناها انه اذا اريد اضافة شى الى شى لصحة الاضافة ان يكون بينهما ادنى
ملابسة وليس معناه انه اذا وجد بين شيئين ادنى ملابسة وجب حمل اللفظ المضاف منهما الى الآخر على
جميع محتملات القريبة والبعيدة لان الواجب الحمل على المعنى الحقيقى الذى يتبادر الى الفهم عند اطلاق اللفظ
والمعقود عليها فضولا من الطرفين معا او من احدهما لا يعد من النسا بالنسبة الى المعقود له ولا من زوجاتا
ومنكوحاته لما قلناه من ان الحاصل جزء العقد لا كله وان حكمنا بكون الاجازة كاشفة عن حصول العقد الصحيح
والرد كاشفا عن عدمه فالتحريم الحقيقى الثابت لغير اللام بحسب الواقع وعدمه موقوف على انكشاف الحال
عندنا بالاجازة او الرد لكن قبل حصول احدهما ومن ينبغى ان يحكم بالمنع من تزوج ام المعقود عليها
واختها وبنتها لان العقد الواقع لمعرض ان ينكشف صحته ولزومه من الجانبين فان قيل كيف من مجرد
الاحتمال والاصل الاباحة قلنا لما حصل عقد وتردد فى سببيته وعدمه على حد سواء وكان لا امد ينتظر
انكشاف حاله لنا لم يجز الهجوم على نكاح من يترتب على هذا العقد تحريم نكاحه ولم يبق اصل الاباحة كما
كان لان حصول ما اوقع اللبس فى سببيته نقل عن حكم الاصل الذى كان وليس هذا باذن من المعقود عليها
عقدان لاثنين وقد التبس عقد السابق منهما فان ام المراة حرام على كل منهما لا محالة وكذا لو عقد عاقد على
امراة والبنت المعقود عليها باخرى فان ام كل منهما حرام عليه والحق ان بين هاتين والمعقود عليها
فضولا فرقا فالثبوت المسبب التام الناقل عن حكم الاصل فيهما بخلاف المتنازع فيه وكيف كان فالاحتياط
التحريم وان كان الطرف الآخر لا يخلو من وجه ولا فرق فى هذا بين كون العقد فضوليا من الطرفين او من احدهما
من جانب الزوج او الزوجة لان كون الاجازة كاشفة لا تفاوت فيه بين الامور الثلثة فاذا حصل الرد انكشف
لنا بطلان العقد من حين وقوعه ويتفرع على ذلك ان الصداق لو كان عينا من اموال الزوج فنمت قبل
الاجازة انكشف بالاجازة ان النماء للزوجة وبالرد انه للزوج وهذا بحمد الله واضح ويحرم المعقود عليها
على اب العاقد وان علا وابنه وان نزل ولا تحرم بنت الزوجة على العاقد عينا بل جمعا فلو فارقها قبل
الدخول حل له العقد على البنت وكذا اخت الزوجة وبنت اختها واخيها الا ان ترضا العمة والخالة قد
سبق الوعد بانه سياتى فى كلام المص ان الزوجة تحرم على اب الزوج وان علا وابنه وان نزل بمجرد
العقد والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع اما بنت الزوجة فلا تحرم على الزوج بمجرد العقد عينا اى حرمة
متعلقة بعينها بل انما تحرم جمعا بمعنى ان الام ما دامت فى النكاح حرمت البنت فاذا فارقها قبل الدخول

حلت البنت وان لمس او قبل بشهوة على الاصح كما سبق وكذا القول في اخت الزوجة فانها تحرم جمعا لا تحريم عينا بحال فمتى فارق الزوجة حلت اختها سواء كان قبل الدخول ام بعده وكذا بنت اخي الزوجة وبنت اختها تحرم كل منهما على من عنده العمة والخالة الا ان ترضى العمة والخالة ولا خلاف في شيء من ذلك عندنا ويحرم وطي مملوكة كل من الاب وان علا وابنه وان نزل على الآخر بالوطي لا بالملك ولا يحرم الملك مع الوطي سوى حكم الزوجة بالنسبة الى اب الزوج وابنه وهذا حكم المملوكة بالنسبة اليهما وجعل متعلق التحريم وطي مملوكة الاب والابن لان الملك لا يمنع منه قطعا اذ لا منافاة بين تحريم الوطي وثبوت الملك وقد صرح به المص بقوله ولا يحرم الملك مع الوطي وانما يحرم وطي مملوكة الاب والابن مع وطي الاب او الابن لا بمجرد الملك مع الوطي لكن قد سبق انها تحرم بنظر ما لا يحل لغير المالك نظره بشهوة وكذا لمسه بشهوة على احد القولين الا انه غير مرضي عند المص ولو وطي احدهما مملوكة الآخر بزنا او شبهة ففي التحريم نظر يريد بذلك ما اذا وطي الاب او الابن مملوكة الآخر بزنا او شبهة قبل ان يطاها المالك فان تحريمها على المالك بذلك نظر ينشأ من اختلاف الاصحاب وتعارض الدلائل عنده فالشيخ رحمه الله وابن الجنيد وابن البراج وجماعة على التحريم لقوله تع ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء فانها كما تتناول الوطي بالنكاح الصحيح تتناول الوطي بالشبهة والزنا فان قيل النكاح حقيقة في العقد فلا حجة في الآية قلنا قد ثبت انه لغة في الوطي والاصل عدم النقل فان قيل قد استعمل شرعا في العقد بل استعماله فيه اشيع قلنا مجازا لان الاشتراك مع كونه على خلاف الاصل مرجوح اذا عارضه المجاز واذا ثبت التحريم بذلك في حق الابن فكذا في الاب لعدم القائل بالفرق ولما رواه عمار د الساباطي عن الصادق عم في الرجل يكون له الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل ان يطاها الجد او الرجل يزني بالمراة هل يحل لابنه ان يتزوجها قال لا انما ذلك اذا تزوجها فوطئها ثم زنى ابنه لم يضر لان الحرام لا يفسد الحلال وكذلك الجارية ولا يضر ضعف سندها لاعتضادها بظاهر الآية وغيرها من الروايات ونفى ابن ادريس التحريم تمسكا بالاصل وبظاهر قوله تع واحل لكم ما وراء ذلكم ونحوه وبقوله عم لا يحرم الحلال الحرام وانما يحرم ما كان بنكاح وجوابه ان الاصل يترك للدليل والآية مخصوصة بما قدمناه والحديث يراد به التحريم اللاحق والحصر المستفاد من قوله وانما يحرم فانه كان بنكاح معارض لما سبق من الدلائل الدالة على ان الزنا يثبت حرمة المصاهرة والاصح التحريم واعلم ان المملوكة وان كانت اعم من الموطوءة وغيرها الا ان تعليق الحكم على مملوكتها يقتضي ثبوت التردد في تحريمها اذا لم يكن المالك قد وطئها ولا يدل على ان الموطوءة لا يتعلق بها حكم التحريم بذلك الا ان ذلك سياتي صريحا في قوله ولو وطي الاب او الابن زوجة الآخر او مملوكة الموطوءة الخ وليس لاحدهما ان يطا مملوكة الآخر الا بعقد او ملك او اباحة وللاب التقويم مع الصغر كما لو

على واحد

يحل لواحد من الاب والابن التصرف في مال الآخر الا باذن المالك لان المسلم على المسلم حرام وعرضه كذا لا
يحل لاحدهما ان يطأ مملوكة الآخر الا بسبب صحيح وهي اما العقد والملك الشرعيان والاباحة داخلة
بينهما على ما سيأتي تحقيقه ان شاء الله تع وانما افردها بالذكر لوقوع النزاع في انها من قسم العقد او من
قسم الملك وربما لم ينتقل الذهن فعطفها على القسمين من قبيل عطف الخاص على العام لهذه النكتة ويجوز
لكل من الاب والجد تقويم جارية الابن الصغير على نفسه بان يملكها بعقد شرعي مملك ولا يكفي مجرد
التقويم قطعا اذ لا ينتقل الملك الا بسبب ناقل وقبل الانتقال لا يجوز التصرف ولا اثر للتقويم بدون
العقد المملك ولا خلاف في شيء من هذه الاحكام ولا فرق بين كون الاب والجد مليا او لا ولو وطئ الاب
او الابن زوجة الآخر او مملوكته الموطوءة بزنا او شبهة فالاصح انه لا يوجب التحريم المراد انه اذا وطئ
احدهما زوجة الآخر وان لم تكن مدخولا بها او مملوكته التي قد وطئها المالك بالملك او بسبب آخر وان
تقدم على زمان الملك بزنا او بشبهة ففي تحريمها على الزوج والمالك قولان احدهما التحريم لظاهر قوله تع
ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء وهو ضعيف لان الآية مخصوصة بقوله عم لا يحرم الحرام الحلال واصحهما
وهو مختار الاكثر عدم التحريم ولا يخفى ان الجار في قوله بزنا يتعلق بقوله ولو وطئ الاب ولا حد على
الاب بمملوكة ابنه ويحد الابن مع انتفاء الشبهة لا خلاف في ذلك والفرق ان الاب لما كان اصلا في وجود
الابن اثبت له الشارع هذه المزية ونحوها وفي قوله عم انت ومالك لابيك ايماء الى ذلك ولو حملت مملوكة
الاب لوطئ الابن لشبهة ولا قيمة على الابن وذلك لان النسب يثبت مع الشبهة فيكون ابن ابن مالك الامة
فينعتق عليه لو كان رقا فلا يجب على ابيه قيمته ولا عتق مع الزنا ووجهه انتفاء النسب بالزنا فاذا
كان الابن زانيا لم يتحقق السبب الموجب للعتق ولا يخفى انه قد سبق في كلام المص التردد في ان الزنا هل
يثبت معه العتق كالصحيح والشبهة وجزم هنا بالعدم فيكون رجوعا عن الجزم السابق ولو حملت مملوكة
الابن بذكر لم ينعتق وعلى الاب فكه مع الشبهة ولو حملت بانثى عتقت على الابن ولا قيمة ومع الزنا لا عتق
اي لو حملت مملوكة الابن من الاب فان كان بذكر لم ينعتق لان الاخ لا ينعتق على اخيه لو ملكه هو مقرر كما
في موضعه بخلاف الاخت فلو حملت بانثى عتقت ولم يجب على الاب للابن قيمتها ويجب القيمة في الذكر وهذا
كله انما هو مع الشبهة اما مع الزنا فلا نسب ولا عتق ولا قيمة وعلى كل من الاب والابن مهر المثل لو وطئ
زوجة الآخر للشبهة فان حرمنا بها فعاودها الزوج وجب مهر آخر والا فلا لا ريب ان الوطئ بالشبهة يوجب
على الواطئ مهر المثل اذا لم تكن الموطوءة عالمة بالحال فاذا وطئ الابن او الاب زوجة الآخر للشبهة وقلنا
بتحريمها على الزوج بذلك فعاودها الزوج اي وطئها بعد ذلك وجب عليه مهر آخر لها لان وطئ الشبهة

لا يخرج عن المهر وهذا اذا لم تكن عالمة بالحال وقول المصنف والا فلا معناه وانما يحرمها بذلك على الزوج ابوها وجدها
الزوج فليس لها مهر آخر وهو ظاهر والرضاع في ذلك كله كالنسب اي حكم الاب من الرضاع كالاب
من النسب والابن من الرضاع كالابن من النسب وبنت الزوجة من الرضاع وامها كالبنت والام لها
من النسب وكذا القول في الاخت والعمة والخالة ففي كل موضع حكمنا بتحريم المصاهرة لاحد المذكورين
من النسب حكمنا له في نظيره من الرضاع وقد سبق هذا مستوفا من لاعن امراته حرمت عليه
ابدا وكذا لو قذف زوجته الصماء والخرساء بما يوجب اللعان لولا الآفة اجمع الاصحاب على من لاعن
امراته حرمت عليه ابدا وروى ابو بصير عن ابي عبد الله عم في حديث طويل الملاعنة لا تحل له ابدا
وكذا اجمعوا على ان من قذف زوجته وهي صماء خرساء قذفا يوجب اللعان لولا الآفة الصمم والخرس
بان يرميها بالزنا مع دعوى المشاهدة وعدم البينة وروى ابو بصير عن ابي عبد الله عم انه سئل
عن رجل قذف زوجته بالزنا وهي خرساء صماء لا تسمع ما قال فقال ان كان لها بينة تشهد عند الامام
جلده الحد وفرق بينهما ثم لا تحل له ابدا وان لم يكن لها بينة فهي حرام عليه ما اقام معها ولا اثم عليها
منه لو تزوج امراة في عدتها عالما حرمت عليه ابدا دون ابنه وابيه وان جهل العدة او التحريم فان دخل
فكذلك في حقه وحقها والا بطل واستانف بعد الانقضاء ويلحق به الولد مع الجهل ان جاء لستة اشهر فصا عدا
من حين الوطي ويفرق بينهما وعليه المهر مع جهلها لا علمها وتعتد منه بعد اكمال الاولى ولو كانت العالمة
لم يحل لها العود اليه ابدا ولو تزوج بذات بعل ففي الحاقه بالعدة اشكال ينشا من عدم التنصيص ومن
اولوية التحريم ولا فرق في العدة بين البائن والرجعي وعدة الوفاة اذا تزوج رجل امراة في عدتها
فله صور لانهما ان يكونا عالمين او جاهلين بالعدة او التحريم او احدهما عالما والآخر جاهلا وعلى التقادير
فاما ان يحصل الدخول اولا فان يكونا عالمين بالعدة والتحريم وتحقق الصورة بكليهما اي الدخول فيحرم عليه
مؤبدا في الصورتين لما رواه زرارة بن اعين وداود بن سرحان عن ابي عبد الله عم وعبد الله ابن بكير
عن اديم بياع الهروي عنه عم قال سالته عن الرجل يتزوج المراة في عدتها بجهالة اهي ممن لا تحل له ابدا
فقال لا اما اذا كان بجهالة فليتزوجها بعد ما تنقضي عدتها وقد يعذر الناس في الجهالة بما هو اعظم
من ذلك فقلت باي الجهالتين اعذر بجهالته ان يعلم ان ذلك محرم عليه ام بجهالته انها في عدة فقال
احدى الجهالتين اهون من الاخرى الجهالة بان الله حرم ذلك عليه وذلك انه لا يقدر على الاحتياط
معها فقلت فهو في الاخرى معذور في ان يتزوجها فقلت وان كان احدهما متعمدا والآخر بجهالة
فقال الذي تعمد لا يحل له ان يرجع الى صاحبه ابدا وغير ذلك من الروايات اذا تقرر ذلك فاعلم

انها

وانما للمص علم الاحكام عليهما والطلاق
بناء على ما اذا حصل مع العقد دخول

انهما كما تحرم على العاقد تحرم على ابيه وابنه لكن في الاولى دون الثانية وذلك على اصح القولين من ان الزنا
تحرم المزني بها على ابي الزاني وابنه على ان المص لم يرجح فيما سبق القول بالتحريم ولا علمهم ان يكونا جاهلين
بالعدة والتحريم ولم يدخل فتحرم لرواية الحلبي عن ابي عبد الله عم قال اذا تزوج الرجل المرأة في عدتها ودخل بها
لم تحل ابدا عالما كان او جاهلا وان لم يدخل بها حلت للجاهل ولم تحل للآخر والى هذه الصورة اشار المص
بقوله والا بطل واستانف بعد الانقضاء اي وان لم يدخل بطل النكاح واستانف بعد انقضاء العدة
ان شاء الله الصورة بحالها ولا دخل فلا تحريم ولا فرق بين كونه جاهلا بالعدة وبالتحريم لان الجاهل في سعة
ولرواية عبد الرحمن السالفة ولمقطوعة محمد بن مسلم قال قلت له المرأة الحبلى يتوفى عنها زوجها فتضع
وتتزوج قبل ان تعتد اربعة اشهر وعشرا فقال ان كان الذي تزوجها دخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابدا
واعتدت بما بقي عليها من عدة الاول واستقبلت عدة اخرى من الآخر ثلث قروء وان لم يكن دخل بها
فرق بينهما واتمت ما بقي من عدتها وهو خاطب من الخطاب والمراد مع علم الدخول لروايتي الحلبي وعبد
الرحمن ابن الحجاج السالفتين اذا عرفت ذلك فاعلم انها مع الدخول تحرم على ابي العاقد وابنه لان الوطي
بالشبهة كالصحيح في احكام المصاهرة وقد صرح المص بالتحريم هنا بقوله فكذلك في حقه وحقهما اي حرمت
مؤبدا في حق العاقد وابيه وابنه ولم يصرح بالحاق الوطي بالشبهة بالصحيح في التحريم فيما سبق بل اقتصر
على حكاية الخلاف وهنا مسائل اذا حصل الدخول في صورة الجهل فاتت بولد لستة اشهر فصاعدا من
حين الوطي كان لاحقا بالعاقد لرواية جميل عن بعض اصحابه عن احدهما في المرأة تتزوج في عدتها
قال يفرق بينهما قطعا لانها وتعتد عدة واحدة منهما جميعا وان جاءت بولد لستة اشهر او اكثر فهو للا حير
وان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر فهو للاول يفرق بينهما قطعا لانها في عدة الغير وقد سبق في
رواية محمد بن مسلم يجب على العاقد المهر بالدخول اذا كانت جاهلة بالتحريم وبه رواية مقطوعة لا اذا كانت
عالمة لانها زانية وهو مهر المثل ويجي على قول الشيخ السالف لزوم المسمى تعتد منه بعد اكمال العدة الا ولي
ولا يكفيها عدة واحدة لان تعدد الاسباب تقتضي تعدد المسببات ولمقطوعة محمد بن مسلم وما يوجد
في بعض الاخبار من الاكتفاء بعدة واحدة محمول على عدم الدخول جمعا بين الادلة وسيأتي ذلك في
العدد ان شاء الله تع لو كان العلم بالتحريم والعدة من احد الجانبين خاصة والآخر جاهل باحدهما فالتحريم
انما هو من طرف العالم دون الجاهل حيث ينفي التحريم بالجهل وذلك مع عدم الدخول وهو مفهوم رواية عبد
الرحمن ابن الحجاج السالفة فان قيل كيف يعقل التحريم من احد الجانبين خاصة فان احدهما متى حرم
على الآخر لم يحل للآخر التزوج به لما في ذلك من المعاونة على الاثم والعدوان قلنا لمكن التوصل الى النكاح

من المحل له حيث لا يشعر من تعلق به التحريم بالحال اما بان يجهل التحريم او يخفى عليه عين الشخص بتخلل مدة
طويلة ونحو ذلك واستشكله شيخنا الشهيد في بعض حواشيه بعدم النظير ولا اشكال مع ورود النص
به لكن يشكل بوجه آخر وهو انا لو جوزنا العقد في صورة جهل من تعلق به التحريم بالحال لكان اذا تجدد
علمه بذلك بعد العقد يلزم اما الحكم ببطلان النكاح الصحيح او صحته مع وجود المانع وكلاهما باطل ويمكن الامرين
الدفع بانه انما يحكم على من تعلق به التحريم بصحة النكاح لزم الثاني او بفساده لزم الامر الاول ولحوق النكاح
لا يعقل صحته من احد الجانبين دون الآخر فلا يعقل ثبوت التحريم من احدهما خاصة وليس هذا كما لو
اختلفا في صحة النكاح وفساده فيحكم ظاهرا بالصحة فان مدعي الفساد يلحقه احكام الزوجية ظاهرا ويجب
عليه فيما بينه وبين الله تعالى العمل بما يعلمه بحسب مقدوره فيختلف الحكم نظرا الى الظاهر وما في نفس الامر
والحكم هنا انما هو بالنظر الى نفس الامر لا فرق في ذلك بين كون العدة باينة او رجعية او عدة وفاة او
عدة شبهة لاطلاق العدة في النصوص ولان ترك الاستفصال في حديث عبد الرحمن بن الحجاج يدل على
العموم ولم يتعرض المص لذكر عدة الشبهة لكن الدليل يقتضيه وكذا لا فرق في الدخول بين القبل والدبر
على اقرب الوجهين لما سيأتي ان شاء الله تعالى من ان الوطي في الدبر يعد دخولا كالقبل وكذا لا فرق بين
كون النكاح متعة ودواما سواء النكاح الذي منه العدة والنكاح الطاري لعموم النص لو تزوج بذات ث
بعل ودخل بها عالما بالحال حرمت مؤبدا لانه زان والزنا بذات البعل يقتضي التحريم وكذا لو دخل جاهلا
على اقرب الوجهين لان علاقة الزوجية اقوى من علاقة الاعتداد فيثبت التحريم مع الزوجية بطريق
اولى ولرواية زرارة عن الباقر عم في امرأة فقدت زوجها او نعي اليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك
فطلقها قال تعتد منهما جميعا ثلثة اشهر عدة واحدة والمعمول خلافه وليس للآخر ان يتزوجها ابدا
وفي طريقها ابن بكير وهو ومع ذلك فقد دلت على الاكتفاء بعدة واحدة منهما والمعمول خلافه وفي مقطوعة عد
محمد بن مسلم قد تضمنت وجوب العدتين وتنزيلها الشيخ في التهذيب على عدم الدخول وقوله عم تعتد منهما
جميعا ينافيه ولو صح التنزيل اشكلت بوجه آخر وهو ثبوت التحريم المؤبد بمجرد العقد مع الجهل
بالزوجية فانه مع بعده لا قائل به ويحتمل عدم التحريم لعدم التنصيص عليه فيتمسك باصالة الحل والقياس
باطل والمعمول الاول ولا قياس بل الحكم من باب التنبيه كما اشار اليه المص هنا وصرح به في التحرير وافتى فيه
بالتحريم واستشكله هنا واعترض بعضهم على اول وجهي الاشكال بوجود النص الدال على التحريم كما اعترف
به في التحرير ولعله لما رأى ان دلالته على المراد غير واضحة لم يلتفت اليه ولو تزوج بذات البعل ولم يدخل
فان كان جاهلا فلا تحريم لانتفاء المقتضي والتمسك بالاصل ولو كان عالما فاشكال ينشأ من عدم التنصيص

ومن الدليل

ومن ان الحكم بالتحريم هنا بطريق اولى ولا يخفى ان قول المص ولو تزوج بذات بعل الخ يقتضي ان الاشكال في الحاقه
بالتزوج بالمعتدة في جميع الصور لكن ينبغي استثناء ما اذا تزوج بذات البعل جاهلا ولم يدخل فان المتجه
هنا عدم التحريم بغير اشكال وكذا لو تزوج ودخل عالما لانه زان بذات بعل لو وطي المعتدة بملك اليمين
فهل هو كما لو تزوج في العدة ودخل فيه اشكال ينشأ من عدم التنصيص ومن مساواة الوطي بملك
اليمين للوطي بالنكاح وهل وطي الامة في الاستبراء كالوطي في العدة اشكال اي لو وطي الامة في زمان
الاستبراء اما بالنكاح او بملك اليمين جاهلا بكونها مستبرأة وبالتحريم او عالما فهل هو كالوطي للمعتدة
في العدة فيه اشكال ينشأ من ان الاستبراء من اقسام العدة فيتناوله النص ومن انه نوع بانفراده وله اسم
اختص باسم يدل عليه فلا يتناوله النص الوارد في المعتدة والاصل والاصح عدم التحريم ان المص لو قال ولو تزوج ح
بمستبرأة فهي كالحاقه بالمعتدة اشكال لكن اشمل ولو تزوج بعد الوفاة المجهولة قبل العدة فالاقرب عدم
التحريم المؤبد ويحتمله ان زادت المدة عن العدة لما كانت المتوفى عنها زوجها انما تحتسب عدتها من علمها
بالوفاة فقبله لا تكون معتدة ولا زوجة كان الاقرب عند المص عدم التحريم المؤبد لو تزوجها آخر عالما او جاهلا
دخل او لا لانتفاء المقتضي للتحريم وهو كونها مزوجة او معتدة والاصل الحل فيتمسك به الى ان يحصل الناقل
ويحتمل التحريم المؤبد لانه لو تزوجها بعد هذا الزمان في زمان العدة لاقتضى التحريم ففيه اولى لانه اقرب الى زمان
الزوجية ولا فرق بين كون العدة المتخللة بين الوفاة والعدة زائدة على قدر العدة او ناقصة او مساوية لان
العدة انما تكون بعد العلم بالوفاة وان تراخى زمانه فجميع ما قبله سواء في الحكم قل او كثر ولا يخفى ان الاولوية
ممنوعة والقياس لا نقول به وعدم التحريم واعلم ان الضمير المستتر في قوله ويحتمل يعود الى ما دل عليه السياق وهو
البحث او المقام والبارز يعود الى التحريم المؤبد اي ويحتمل هذا البحث التحريم المؤبد الخ وفي المسترابة اشكال د
لو طلق المسترابة بالحمل بائنا وفرضها ان تعتد ثلثة اشهر فرأت الدم قبل انقضاء الشهر الثالث فانه سيأتي
ان شاء الله تعالى انها تتربص مدة الحمل ثم تعتد بثلثة اشهر فاذا تزوجها في آخر مدة التربص عالما بالحال والتحريم
او دخل بها ففي تحريمها مؤبدا اشكال ينشأ من ان ذلك ليس من زمان العدة لقولهم انما تعتد بعد ذلك بثلثة
اشهر فليست معتدة ولا زوجة فينتفي التحريم ومن انها في حكم المعتدة لان الطلاق يقتضي وجوب الاعتداد ولا
يزول ذلك الا بانقضاء العدة ولان هذا الزمان اقرب الى زمان الزوجية من زمان العدة فيثبت التحريم بطريق
اولى واعلم ان المص انما افتى بعدم التحريم في الوفاة المجهولة واستشكل هنا لان المدة بعد الوفاة المجهولة لا
يعتد بها بحال من الاحوال وفي المسترابة يتحقق الشروع في العدة بالاشهر ثم يتبين بطلان ذلك بحصول الحيض
وتعين الاعتداد بالاقراء وصار ما قبل الحيض وما بعده محسوبا منها فلما تأخر الحيض وجب التربص مدة

الحمل ثم الاعتداد فظهر ان تلك المدة اقرب الى العدة من المدة بعد الوفاة المجهولة وفي الحكم عندي تردد والتحريم
احوط ولو زنا بذات بعل او في عدة رجعية حرمت عليه ابدا ولو لم يكن احدهما محرما سواء كانت ذات بعل
باين اولا وان كانت مشهورة بالزنا اجمع الاصحاب على ان من زنا بذات بعل حرمت عليه مؤبدا وقد
روى محمد بن يعقوب عن عدة من اصحابنا عن احمد بن محمد رفعه ان الرجل اذا تزوج المرأة وعلم ان لها
زوجا فانه زان ... وان احتمل اختصاص الحكم بحال العقد دون مطلق الزنا وذات العدة الرجعية زوجة
بخلاف البائن فلو زنى بذات العدة البائن لم يحرم عليه للاصل باختصاص النص بما اذا عقد عليها واشار
بقوله وان كانت مشهورة بالزنا الى رد قول المفيد والشيخ واتباعهما فانهم قالوا ان من فجر بامرأة وهي غير
ذات بعل لم يكن له العقد عليها الا اذا ظهر منها التوبة والاقلاع واعتبر في النهاية في توبتها ان يدعوها الى الزنا
فلا تجيبه والاصح مختار المص للاصل ولما رواه الحلبي في الصحيح قال قال ابو عبد الله عم ايما رجل فجر بامرأة
حراما ثم بدا له ان يتزوجها فاذا اوله سفاح واخره نكاح فمثله كمثل النخلة اصاب الرجل من ثمرها ثم اشتراها
بعد فكانت له حلالا احتج بما رواه ابو بصير قال سألته عن رجل فجر بامرأة ثم اراد بعد ان يتزوجها فقال
اذا تابت حل له نكاحها قلت كيف يعرف توبتها قال يدعوها الى ما كان عليه من الحرام فان امتنعت واستغفرت
ربها عرف توبتها وفي معناها رواية عمار الساباطي عن الصادق عم اجاب في المختلف بالطعن في سند الروايتين
مع ان رواية ابي بصير غير مسندة الى امام وبالحمل على الكراهة قال مع ان في مضمونها اشكالا قلنا لعل الاشكال ل
من حيث ان دعاءه اياها الى الحرام يتضمن اغراءها بالفسخ وهو محرم ولو اصرت امرأة على الزنا فالاصح صح
انها لا تحرم ذهب المفيد وسلار الى ان من اصرت زوجته والعياذ بالله تعالى على الزنا حرمت عليه لان
اعظم فوائد النكاح التناسل والغرض من شرعيته الحل والرجم للزاني حفظ الانساب عن الاختلاط وهذا
المحذور قائم مع اصرار الزوجة على الزنا وجوابه ان الزاني لا نسب له ولا حرمة لمائه والاصح عدم التحريم لقوله
عم لا يحرم الحرام الحلال وما رواه عباد بن صهيب عن الصادق عم قال لا بأس بان يمسك الرجل امرأته ان رآها
تزني اذا كانت تزني وان لم يقم عليها الحد فليس عليه من اثمها شيء وهل الامة الموطوءة كذات البعل نظر
اي هل الامة كذات البعل في انها تحرم مؤبدا على من زنا بها فيه نظر ينشأ من اصالة الحل وانتفاء النص ومن
ان الوطي بملك اليمين كالنكاح ومن ثم تعلق به احكام المصاهرة واشتراكهما في المعنى المقتضي لتحريم الزنا
وهو صيانة الانساب عن الاختلاط والكل ضعيف فان المساواة في بعض الاحكام لا تقتضي المساواة
في الجميع والاشتراك في المعنى المقتضي لتحريم الزنا لا يقتضي التحريم المؤبد والاصح عدم التحريم ولو اوقب غلاما كما
او رجلا اي ميتا على اشكال عليه ام الغلام او الرجل وبنته مؤبدا من النسب وفي الرضاع والفاعل الصغير

حرم عليه

اشكال اطبق الاصحاب على ان من لاط بغلام او رجل فاوقبه حرم عليه ام الغلام واخته وبنته والاصل في ذلك
ما رواه ابن ابي عمير في الصحيح عن رجل عن الصادق ع في الرجل يعبث بالغلام قال اذا اوقب حرم عليه اخته
وابنته وروى ابراهيم بن عمر عن الصادق ع في رجل لعب بغلام هل يحل له امه قال ان كان ثقب فلا ولانه
يصدق انها بنت من وطيه وامه محرمنا عليه كالانثى وهنا مسئلتان الاولى لا خلاف في تعلق التحريم بالفعل المذكور ر
اذا كانت المفعول به حيا اما الميت ففيه اشكال ينشأ من عموم النص الصادق على الميت ومن خروجه
بالموت عن كونه مشتهى طبعا وتعلق احكام الاحياء به وان المتبادر الى الفهم من النص انما هو الحي دون
الميت والتحريم ليس ببعيد هل الام والاخت والبنت من الرضاع كالانثى من النسب في التحريم فيه اشكال
ينشأ من ان صدق الام والبنت والاخت عليهن انما هو بطريق المجاز لان الحقيقة انما هي مع الولادة ده
فلا يتناولهن النص الوارد بالتحريم ومن عموم قوله ع يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مع امكان
ادعاء الحقيقة لانه سبحانه سمى المرضعة اما والاصل في الاستعمال الحقيقة وكيف كان فالتحريم اقوى لعموم
الاحاديث في الرضاع وكذا الاشكال لو كان الفاعل صغيرا ومنشأه من ان التحريم الوارد في النص
دليل على هذا الحكم انما هو في البالغ لامتناع تعلق التحريم بالصبي ومن ان النص خرج مخرج الغالب لان
هذا الفعل انما يقع غالبا في البالغ ولانه بعد البلوغ يصدق عليه انه رجل اوقب غلاما فيتعلق به
التحريم لعموم النص لما تقدم ايقابه على البلوغ ومن تاخذ عنه ح فيكون الحكم بالتحريم قبل البلوغ متعلقا
بالولي ولان احكام المصاهرة لا فرق فيها بين البالغ والصبي والفرد النادر يلحق بالاعم الغالب والتحريم
اقوى ويتعدى التحريم الى الجدات وبنات الاولاد دون بنت الاخت اي يتعدى التحريم على القائل عل
الى جدات المفعول وان بعدن الاب كن او لام لصدق الام على كل منهن وكان هذا الحكم متفق عليه بين
الاصحاب وكذا القول في بنات اولاده سواء بنات الذكور والاناث اما بنت الاخت فلا للاصل ولان اسم
الاخت لا يقع عليها بحال من الاحوال ولو سبق العقد لم يحرم وكذا دون الايقاب اما اذا سبق
العقد فلقولهم عليهم السلم لا يحرم الحرام الحلال واما اذا لم يوقب فلمفهوم قوله ع اذا اوقب حرم عليه اخته
وابنته وكذا في الحديث الاخر وقد تقدما وللاصل ولو اوقب خنثى مشكل او اوقب فالاقرب عدم
التحريم اي لو اوقب خنثى مشكل ذكرا او اوقب اي اوقبه ذكر فالاقرب عند المص عدم التحريم ووجه
القرب ان السبب المقتضي للتحريم هو ايقاب الذكر ذكرا والذكورية مشكوك فيها في الصورتين والشك
في السبب يقتضي الشك في المسبب فينتفي التحريم تمسكا باصالة الاباحة ويحتمل التحريم وفيه ضعف لان
الاحتياط لا يجب المصير اليه والفرق بين هذا وبين اشتباه المحرم بالاجنبية وجود من يقطع بتحريم

نكاحه في الثاني بخلاف ما نحن فيه ولغلبة الحرام الحلال دائرة مع تحقق الحرام والاقرب ما قربه المص واعلم
ان شيخنا الشهيد ذكر هنا بحثين انه ينبغي الجزم بتحريم الام والبنت اذا كان مفعولا لان التحريم فيهما لازم على
تقديري ذكوريته وانوثيته فيكون الاشكال في الاخت لا غير على القول بنشر الزنا وفيه نظر لان مناط هذه
البحث هو الايقاب الذي هو اعم من ادخال الحشفة ثم ما ذكره فما اورده غير وارد نعم ينبغي ان يفصل في هذا
المقام بان تغيب الحشفة في دبر الخنثى يقتضي تحريم الام والبنت عند من ينشر الحرمة بالزنا وبدونه الاقرب
عدم التحريم ان الاشكال هنا غير وارد اصلا سواء كان فاعلا او مفعولا لان البحث اما مع بقاء الاشتباه او
مع زواله فان كان فاعلا فمع الاشتباه يحرم عليه جميع بنات آدم ويحرم على رجالهم لاشتراط التزويج
بتحقق الذكورة والانوثة ومع الوضوح اظهر لانه ان كان فاعلا وظهرت الذكورة تحقق الحكم بالتحريم والا تحقق
عدمه وان كان مفعولا فمع الذكورة يثبت التحريم على الفاعل وبدونه يتخلف في الاخت فلا يتاتى الاشكال
هنا اصلا الا على تقدير تسليم الحكم بجواز تزويج الخنثى المشكل كما في الارث في قولهم اذا كان زوجا او زوجة
اشعار بجوازه قلت لا ريب ان المص لا يريد بما ذكره ما اذا وضح الحال بل بحيث يكون الاشتباه حاصلا ويرد
عليه ما اورده اذا كان مفعولا لان تحريم امه واخته وبنته على تقدير عدم ادخال الحشفة يحتمل نظرا
الى ان الخنثى ما خرج فيه باحد الامرين ولهذا حكم بتحريم النظر اليه على الرجال والنساء وهذا وان كان محتملا
الا انه ضعيف لان حل النظر وما جرى مجراه ليس له اصل يتمسك به بخلاف ام الخنثى وابنته واخته فلان
الاصل فيهن الحل فلا ينتقل عنه بمجرد الاحتمال نعم ما اورده على تقدير كونه فاعلا وارد ولكن ان نقول ما
اورده على هذا التقدير ايضا غير وارد لان البحث في ثبوت التحريم بهذا الفعل وهو غير معلوم للشك في سببه
والتحريم المحكوم بثبوته هو التحريم مستند الى الاشتباه واذا زال اتضح الحال بالنسبة الى ما نحن فيه ايضا
وحد الايقاب ادخال بعض الحشفة ولو قليلا اما الغسل فانما بغيبوبة الحشفة وقب الشيء نقب وقبا
اي دخل ووقبت الشمس وقبا ووقوبا غابت والقمر دخل في الكسوف ووقب الظلام دخل والحاصل ان
الايقاب دائر مع الادخال وهو متحقق في ادخال بعض الحشفة بخلاف الغسل فانه انما يثبت مع
تغيبها وقد نص على ذلك ابن ادريس وكذا الدخول بالمرأة قبلا او دبرا انما يتحقق مع تغيبها ولا
يحرم على المفعول بسببه شيء اي فلا يحرم عليه ام اللائط ولا بنته ولا اخته عند جميع علمائنا للاصل
ولقوله تع واحل لكم ما وراء ذلكم مع انتفاء المعارض وعن احمد رواية انه يحرم على الغلام ام اللائط وبنته
لو عقد المحرم فرضا او نفلا احرام حج او عمرة لعد فساده او لا على امرأة عالما بالتحريم حرمت ابدا وان
لم يدخل وان كان جاهلا فسد عقده وجاز له العود بعد الاحلال فان دخل قبل يحرم مؤبدا اذا عقد

المحرم على المراة عالما بالتحريم فقد اطلق الشيخ في النهاية تحريمها عليه مؤبدا وان جهل التحريم فقد اطلق عدم
الا ان العقد فاسد ففرق بينهما ولهما تجديده بعد الاحلال ولم يفرق في الموضعين بين الدخول وعدمه فمقتضاه
التحريم مع العلم مطلقا وعدمه مع الجهل مطلقا وتبعه ابن البراج وكذا ابن ادريس في الحج وكذا اطلق في
المقنعة التحريم مؤبدا بالعقد مع العلم بالتحريم ولم يتعرض لحال الجهل واطلق سلار التحريم مؤبدا بالعقد ولم
يتعرض الى التقييد بالعلم والجهل ان دخل ويلوح من كلام ابن حمزة موافقته وقريب منه كلام ابي الصلاح
قال المص في المختلف بلغنا في هذا الباب ما رواه زرارة عن الصادق عم والمحرم اذا تزوج وهو يعلم انه حرام
عليه لا تحل له ابدا قال ومقتضى هذه الرواية التحريم مع العلم سواء دخل او لا وعدمه ومع الجهل سواء دخل
او لا عملا بالمفهوم هذا كلامه وهو صحيح في موضعه وضعف دلالة المفهوم غير قادح لاعتضادها بالاصل
على انها لو لم تعتبر هنا لزم الحكم بالتحريم المؤبد على كل حال مع العلم والجهل والدخول وعدمه الا ان يقال انتفاء
التحريم مع الجهل وعدم الدخول بالاجماع والاصح مختار المص اذا عرفت ذلك فاعلم انه لا فرق بين كون الاحرام
فرضا او نفلا بحج او عمرة لنفسه او غيره اصالة او لا لاطلاق النص ولا تحرم الزوجة بوطئها في الاحرام
مطلقا اراد بالاطلاق ما يعم الاحوال من علمه بالتحريم وعدمه والدخول وعدمه وكون الاحرام فرضا او
نفلا الخ دليل ذلك قبل الاجماع اصالة عدم التحريم وانتفاء المعارض المطلقة تسعا للعدة ينكحها
رجلان تحرم مؤبدا ولا يشترط التوالي فلو تخلل التسع طلقات للسنة وكملت التسع للعدة حرمت ابدا
وفي الامة اشكال اقربه التحريم في التسع اذا نكحها بعد كل طلقتين رجل اتفق اصحابنا على ان المطلقة
تسعا للعدة تحرم على زوجها مؤبدا وبذلك وردت الاخبار عن اهل البيت عليهم السلام والمراد بذلك ان
يطلقها على الشرائط ثم يراجعها في العدة ويطأ ثم يطلق في طهر آخر ثم يراجع في العدة ويطأ ثم يطلق
الثالثة فينكحها بعد عدتها زوج آخر ثم يفارقها بعد ان يطأها فيتزوجها الاول بعد العدة ويفعل
كما فعل اولا فينكحها زوج غيره بعد انقضاء عدتها من الطلقة الثالثة ويطأ فيتزوجها الاول بعد
مفارقة هذا الزوج لها وانقضاء عدتها منه ويفعل كما فعل اولا وثانيا فح يتحقق كونها مطلقة تسعا
للعدة ينكحها بينها رجلان فتحرم مؤبدا اذا عرفت ذلك فاعلم انه لا يشترط التوالي في تطليقات العدة التسع
التحريم المؤبد لانتفاء الدليل الدال على ذلك فان كلام الاصحاب ونصوصهم بذلك مطلقة خالية من هذا القيد
فلو تخلل التسع للعدة طلقات للسنة فانها بعد استكمال التسع للعدة تحرم مؤبدا وانما عبر المص بالطلقات
جمعا ولم يذكر تخلل الطلقة الواحدة لان الطلقة الثالثة لا تكون الا للسنة وانما يجعل في حكم العدة اذا كانت
الاوليان للعدة على ما سياتي في كلامه ان شاء الله تع فمتى وقعت الاولى والثانية للسنة لم تكن الثالثة

للعدة فلا تصير تحلل طلقة واحدة للسنة هذا حكم الحرة اما الامة ففي حكمها اشكال ينشأ من تعدد الاحتما لات
وتعرض الامارات وتحقيق ذلك ان النص ورد بان من طلق امرأته تسعا للعدة ينكحها بينها رجلان
حرمت عليه موبدا وهذا انما يكون في الحرة ولانه احوط ولان نكاح رجلين المعتبر بين التسع في الحرة يتحقق
بين الست في الامة ويحتمل اعتبار التسع فيها كالحرة بطريق اولى ولانها اذا طلقت تسعا ينكحها بعد
كل طلقتين رجل صدق انه نكحها بين التسع رجلان فان نكاح اكثر من رجلين لها لا يمنع صدق نكاح ر جلين
اياها ويحتمل عدم التحريم اصلا لان ظاهر النص ان مورده الحرة فيتمسك في الامة باصالة بقاء الحل ولان
شرط التحريم امران التسع ونكاح رجلين بينها والتسع في الامة ينكحها بينها اربعة رجال لا يقال اذا
نكحها اربعة فقد نكحها نكحها اثنان فلا يمنع الصدق لانا نقول المتبادر نكاح رجلين خاصة فيمنع
فعلى احتمال التسع وهو مقرب المص هنا يحتمل اعتبار التسع للعدة حقيقة على خلاف حكم الحرة لان الـ
التسع فيها انما يقع منها ست للعدة وثلث للسنة واطلاق اسم العدة عليها مجاز تسمية للجميع باسم الاكثر
او من باب المجاورة والمجاز لا يطرد فيعتبر في التسع للعدة في الامة الحقيقة فلا يتحقق الا بثماني عشرة طلقة
اذ لا تكون السابعة عشرة للعدة الا اذا رجع في العدة ووطي ولا يتحقق لبينونته بعد تحقق طلاق اذ بعد
حصول التحريم بالوطي بعد الرجوع ويحتمل الاكتفاء بالتسع لان عدم تقييد بالحرة والمجاز لا بد من ارتكاب
فيكون فيها اربع للعدة وخمس للسنة وانا في هذه من المتوقفين تنبيه اطلاق الاصحاب كون التسع
للعدة مجاز لان الثالثة من كل ثلث ليست منها بل هي تابعة للاولتين فلو وقعت الثانية للسنة فالذي
للعدة الاولى لا غير ولو كانت الاولى فكذلك على الاقوى نقح المص رحمه الله هذا المبحث بانه ليس المراد
من كون التسع تطليقات للعدة الحقيقة لامتناع كون التسع للعدة اذ تخللها نكاح رجلين فقط كما هو
واضح فيتعين ارادة المجاز باطلاق اسم طلاق العدة هنا على طلاق السنة ولا ريب ان هذا الاطلاق المجا زى
يحتمل نوعين من انواع المجاز احدهما المجاز للمجاورة والثاني تسمية الكل باسم اكثر اجزائه ويتفرع على
هذا مسئلتان لو طلق الاولى للعدة والثانية للسنة فلا ريب في انتفاء العدة عن الثالثة لانتفاء من
المعنيين اللذين هما علاقة التجوز هنا لو كانت الاولى للسنة والثانية للعدة فهل الثالثة للعدة فيه احتمالان
احدهما نعم لان المعنى الاول موجود هنا فيتحقق الصدق مجازا بناء على ان ذلك المعنى هو علاقة التجوز
هنا والثاني وهو الاقوى عند المص وعليه الفتوى لا لان تبعيته لغيرها على خلاف الاصل من حيث انه مجاز
ومن جهة استلزامه التحريم المؤبد فيقتصر فيه على مورد النص فان من خواص المجاز عدم الاطراد
ولامكان ان يكون علاقة التجوز هو المعنى الثاني اما الامة فان قلنا بتحريمها في الست فالاقوى بتبعية الثا لثة

للاوطى

للاولى   مقصود العبارة ان كون الاقوى اعتبار تبعية الثالثة في صدق كونها للعدة للاولين اذا كانتا للعدة دون الثانية اذا كانت هي خاصة دون الامر لو قلنا بتحريمها بالست فهنا يحكم بتبعية الثالثة للاولى لعلاقة المجاورة لانتفاء علاقة الاكثرية فان ذلك في الامة ممتنع لافتقارها الى المحلل بعد كل طلقتين ويحتمل على هذا القول اعتبار اثنتي عشرة تطليقة فيها اذ لا يلزم من انتفاء احدى علاقتي التجوز وجوب اعتبار الاخرى اذ لا دليل على وجوب ارتكاب المجاز هنا والاصل الحقيقة فلا يعدل عنه الا الدليل ولا يخفى ان هاذين الاحتمالين يأتيان على مقرب المص ايضا وهو تحريم الامة بالتسع كالحرة   من زنى بعمته او خالته قبل العقد او بعد تأخر حرمت عليه بنتاهما ابدا ولو وطى بالشبهة فالاولى عدم التحريم   اجمع اكثر الاصحاب على ان من زنا بعمته او خالته حرمت عليه ابنتاهما مؤبدا وقد رواه ابو ايوب عن الصادق عم قال سأله محمد بن مسلم وانا جالس عن رجل نال من خالته وهو شاب ثم ارتدع ايتزوج ابنتها قال لا قال انه لم يكن افضى اليها انما كان شيء دون ذلك قال كذب وهذه الرواية انما تضمنت حكم الخالة واما العمة فذكرها الاصحاب ولم يصرح احد منهم بمخالفة في ذلك الا ابن ادريس فان كلامه يشعر بتوقفه في التحريم فانه قال ان كان على المسئلة اجماع فهو الدليل ثم قال ما حاصله ان الاجماع لا يتحقق بقول جماعة عرفت اسماؤهم وانسابهم لان حجية الاجماع انما هي بدخول المعصوم ولا يتحقق دخوله على الوجه المذكور قال المص في المختلف ولا بأس بالتوقف في هذه المسئلة وما ذكره عجيب لانه ذهب في المختلف الى ان الزنا ينشر حرمة المصاهرة وذلك في العمة والخالة اولى لان ذلك افحش والمختار التحريم لما سبق في ان الزنا مطلقا ينشر ويزيد عليه عدم وجود مخالف من الاصحاب فلا اقل من ان يكون ذلك اجماعا سكوتيا ولا يضر ثبوت توقف ابن ادريس للعلم باسمه ونسبه وللرواية المذكورة فانها متقوية ومنجبرة بعمل الاصحاب واشتهارها في المذهب وعدم وجود المعارض وهي وان لم تتضمن سوى الخالة الا انه ليس في الاصحاب من فرق بينهما ولا فرق بين كون العمة والخالة قريبتين او بعيدتين لاطلاق كلام الاصحاب والرواية ولما سبق من ان الزنا ينشر حرمة المصاهرة مطلقا اذا عرفت ذلك اكثر من

فهذا حكم ما اذا كان الوطى بالزنا فلو وطى بالشبهة فالاقرب عند المص عدم التحريم وذلك بناء منه على ان الوطى بالشبهة مطلقا لا ينشر الحرمة اما على القول بانه ينشر فالتحريم هنا بطريق اولى نظرا الى اشدية الفحش وورود النص على التحريم بالزنا ووجه القرب اصالة الحل وانتفاء المقتضي للتحريم على ذلك التقدير والنص انما ورد على الزنا فيقتصر على مورده ويحتمل التحريم لان الزنا اذا قام مقام النكاح الصحيح في تحريم المصاهرة فالشبهة بطريق اولى لانها اقرب الى النكاح الصحيح من الزنا فهو احرى بلحوق احكامه به وهذا كله بناء على عدم ثبوت حرمة المصاهرة بمطلق وطى الشبهة ونحن لا نقول به فالمختار التحريم

بالشبهة هنا ولا يخفى ان ذلك انما هو اذا تقدم الفجور على النكاح اما اذا تقدم النكاح الصحيح فانه لا يفسده
بذلك لان الحرام لا يفسد الحلال كما ورد في عدة اخبار   وفي بنتيهما مجازاً او رضاعاً اشكال المراد
بنتيهما مجازاً بنتا ابنتيهما وان نزلتا واشار بقوله مجازاً الى ان الاشكال انما يجي على القول بان بنت البنت
بنت مجازاً اما على القول بانها بنت حقيقة فلا شبهة في تحريمها مؤبداً كالبنتين للصلب ومنشأ
الاشكال من وقوع اسم البنت على بنت البنت في الجملة ومشاركتها لبنت الصلب في المقتضي لتحريم
هذا الفعل الفاحش اياها مؤبداً ومن عدم اندراجهما في النص وكلام الاصحاب والاصل الاباحة
وهذا انما هو على القول بان مطلق الزنا لا ينشر حرمة المصاهرة اما على القول به كما اخترناه فلا بحث
في التحريم هنا وبدونه الاشكال قائم واما بنتاهما من الرضاع فمنشأ الاشكال فيهما من ان الرضاع
يحرم منه ما يحرم من النسب كما سبق غير مرة ومن عدم تناول النص وكلام الاصحاب للبنت من الرضاع
والاصل الاباحة والاصح هنا التحريم لعموم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب   لا يحل وطء الزوجة
الصغيرة قبل ان تبلغ تسعاً فان فعل لم تحرم على الاصح الا مع الافضاء   لا خلاف في انه لا يحل
الدخول بالزوجة حتى تبلغ تسع سنين فان اقدم على ذلك لم تحرم على اصح القولين الا مع الافضاء
وقال الشيخ في النهاية انها تحرم بالدخول مؤبداً لمرسلة يعقوب بن يزيد عن بعض اصحابنا عن الصا ع
قال اذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين فرق بينهما ولم تحل له ابداً والاصح
الاول اقتصاراً في التحريم المؤبد على موضع الوفاق والرواية مرسلة فلا تنهض حجة على الاطلاق اما
مع الافضاء فلا بحث في التحريم وان المص في المختلف اطلاق الشيخ في النهاية مشكل والظاهر ان مراده
ذلك يريد به اختصاص التحريم بالافضاء   وهو صيرورة مسلك البول والحيض واحداً او مسلك
الغائط والحيض على رأي المشهور ان الافضاء هو صيرورة مسلك البول والحيض واحداً بذهاب
الحاجز بينهما ونقل المص قولاً آخر وهو صيرورة مسلك الغائط والحيض واحداً وبعده ظاهر
لشدة بعد ما بين المسلكين وقوة الحاجز بينهما فلا يكاد يتفق زواله بالجماع والاصح وسيأتي ان شاء
الله تع لذلك مزيد تحقيق في الديات   فيحرم مؤبداً قيل ولا يخرج من حباله وفيه نظر   قد قررنا انه
اذا تحقق الافضاء حرمت الزوجة مؤبداً وعلى هذا فهل تخرج من حباله اي تبين منه وينفسخ نكاحها
ام تبقى على الزوجية مع التحريم المؤبد فيه قولان احدهما واختاره ابن ادريس انها لا تخرج من حباله
استصحاباً للنكاح ولا منافاة بين التحريم وبينه ولرواية بريد العجلي عن الباقر ع في رجل افتض جا رية
يعني امرأته فافضاها قال عليه الدية ان كان دخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين قال فان امسكها ولم

يطلقها فلا شيء عليه وان كان دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه ان شاء امسك وان شاء طلق دل على انه
امساكها او تطليقها بقوله فان امسكها ولم يطلقها وذلك يقتضي بقاء النكاح وطعن المص في هذا القول بقوله
وفيه نظر ووجهه ان التحريم المؤبد ينافي مقتضى النكاح اذ ثمرته حل الاستمتاع ولان التحريم المؤبد يمنع
النكاح سابقا فيبطله لاحقا كالرضاع واللعان والقذف للزوجة الصماء والثاني واختاره ابن حمزة انها
تبين منه بذلك وهو الظاهر من كلام الشيخ في النهاية ويدل عليه قوله ع في الرواية الاولى وفرق بينهما
ولم تحل له ابدا وتوقف المص في المختلف لعدم الظفر بقاطع من الجانبين وقول ابن حمزة ليس ببعيد ه
والتوقف طريق السلامة ويجب عليه الانفاق عليها الى ان يموت احدهما وان طلقها وتزوجت بغيره على
اشكال من احكام المفضاة وجوب الانفاق عليها الى ان يموت احدهما والاصل فيه ما رواه الحلبي عن الصادق ع
قال سألته عن رجل تزوج جارية فوقع بها فافضاها قال عليه الاجراء عليها ما دامت حية وهذا الحكم لا كلام
فيه اذا لم يتزوج فان طلقها بناء على عدم خروجها من حباله بالافضاء فتزوجت بغيره ففي وجوب الانفا ق
اشكال ينشأ من عموم الرواية فان ما من ادوات العموم فيتم ما اذا تزوجت ومن ان الظاهر ان اجراء
النفقة عليها انما وجب لانها بالافضاء خرجت عن ان يرغب فيها الازواج فاوجب الشارع على المفضي ه
نفقتها ارتفاقا بحالها فاذا تزوجت انتفى المقتضي للانفاق ولان نفقة امراة لا تجب على اثنين ولا يخفى
ان الوجه الثاني مشتمل على تخصيص النص بغير دليل مخصص وهو باطل والذي يجب ان يقال ان الرواية
ان كانت معتبرة وجب العمل بظاهرها فلا يسقط وجوب الانفاق بالتزويج وهل يثبت هذه الاحكام
في الاجنبية للاقرب نعم في النفقة اشكال اي تثبت الاحكام المذكورة وهي التحريم المؤبد ووجوب الا نفاق
الى ان يموت احدهما واحتمال السقوط لو تزوجت في الاجنبية اذا افضاها بوطئه اياها قبل البلوغ بزنا
او شبهة ووجه القرب ان هذا الفعل حيث اقتضى التحريم المؤبد في الزوجة ففي الاجنبية اولى لانه افحش فيناسبه
زيادة العقوبة ولان النكاح سبب للحل فيمتنع كونه سببا للتحريم فالمخصص السبب في الصغر والافضاء
بالوطي وذلك قائم في محل النزاع ويقرب منه القول بوجوب الانفاق دائما فان المقتضي في الزوجة هو العقوبة
بارتكاب الوطي المحرم وهو في الاجنبية افحش ولحصول الضرر بعدم رغبة الازواج فيها للافضاء فعلى
هذا لو تزوجت وقلنا بوجوب الانفاق ففي بقاء الوجوب وعدمه اشكال ومقتضى كلام المص ان ما يثبت
في الزوجة يثبت هنا ويحتمل عدم ثبوت شيء من هذه الاحكام هنا لورود النص على الزوجة وهذه الاحكام
على خلاف الاصل فيقتصر فيها على مورد النص لان القياس عندنا باطل والحق في الخلاف بافضاء الزوجة
الافضاء بوطي الشبهة في التحريم ووجوب الانفاق ومنعه ابن ادريس والذي يقتضيه النظر ثبوت التحريم ه

المؤبد بافضاء الاجنبية بزنا او بشبهة من باب مفهوم الموافقة فان وطي الزوجة قبل البلوغ وان حرم الا ان
وطي الاجنبية ابلغ منه في التحريم والفحش واما باقي الاحكام فان اثباتها مشكل اذ لا دليل في ما علم وهذا
المعنى هو الذي حاوله المص بقوله وفي النفقة اشكال كالاستثناء مما قبله في ثبوت الاحكام المذكورة
وهل يشترط في التحريم المؤبد في طرف الاجنبي نقص السن عن تسع فيه نظر ينشأ من كون التحريم المؤبد مستندا
الى تحريم الوطي في طرف الزوج وهو هنا ثابت في التسع اي هل يشترط في ثبوت التحريم المؤبد لو وطي
اجنبي اجنبية فافضاها او كون سنها اقل من تسع سنين فيه نظر ينشأ من ان التحريم المؤبد في الز وج
مستندا الى الزوج الى تحريم الوطي ح والتحريم ثابت في الاجنبية قبل التسع وبعدها فح يحتمل كون علة
التحريم المؤبد ترتب الافضاء على الوطي المحرم فيكون افضاء الاجنبية بعد البلوغ بمنزلة الزوجة قبله
وهذا ان تم فانما يثبت في الزنا دون وطي الشبهة لانتفاء التحريم فيه بعد تحقق البلوغ ومن ان مورد النص
هو الزوجة قبل بلوغ التسع فان ثبت الالحاق اقتصر فيه على ما قبل البلوغ لان شرط مفهوم الموافقة
تعقل العلة قطعا والعلم بثبوتها في المسكوت عنه ولا ريب ان الصغر جزء العلة في المنصوص ولهذا لو
كان وطي الزوجة بعد البلوغ لم يحرم بالافضاء قطعا فكيف يحرم الاجنبية بعد البلوغ والاشكال
في الاجنبي قبل التسع اضعف لما كان الاقرب عنده تحريم الاجنبية مؤبدا اذا افضاها بالوطي قبل
التسع ظهر ان الاشكال في عدم تحريمها ح اضعف من الاشكال في تحريمها بعد التسع فان قيل مع ترجيح
احد الطرفين لا يبقى اشكال قلنا اذا لم يكن من الاشكال في الترجيح قاطعا يبقى اصل الاحتمال فلا
يمتنع مع اطلاق اسم الاشكال مجازا ويمكن ان يكون المراد بالاشكال هو الطرف الآخر وهو عدم التحريم
استعمالا لاسم الكل في الجزء مجازا والاقرب عدم تحريم الامة والمفضاة بالاصبع وجه القرب ان التحريم
حكم شرعي خصوصا في الفرج فيتوقف على ورود النص ولا يخفى ان مورد النص هو الزوجة المفضاة
بالوطي قبل البلوغ وذلك لا يتناول الامة ولا المفضاة بالاصبع كما هو معلوم ولا دليل يدل على الحاقهما
بالزوجة والقياس عندنا باطل فيتمسك فيهما بالاصل الى ان يثبت الناقل ولا ريب ان الافضاء بالاصبع
ليس افحش من الوطي ويحتمل تحريمهما بذلك لان الامة كالزوجة والافضاء بالاصبع كالافضاء بالوطي
وضعفه ظاهر ولو كان الافضاء بعد بلوغ الزوجة لم يكن على الزوج شي ان كان بالوطي لان الوطي
ماذون فيه شرعا فيحلل ح فاذا حصل بسببه افضاء لم يثبت على الزوج شي من هذه الاحكام لانتفاء
الدليل وسياتي لهذه المسئلة مزيد تحقيق في الجنايات ان شاء الله تع الاول في المصاهرة وفيه
مسائل تحرم بنت وان نزلت اذا لم يكن قد دخل بالام تحريم جمع بمعنى انه اذا ابان الام بفسخ او طلاق

امهن

او موت حلت له البنت ثم مع الدخول تحرم بناتها مؤبدا لا خلاف بين اهل الاسلام في تحريم البنت مع الام جميعا اذا لم يدخل بالام فاذا فارق الام حل له نكاح البنت وان دخل بالام حرمت البنت عينا وقد سبق الكلام على ذلك والاقرب مساواة الوطي في الفرجين وعدم اشتراط البلوغ والعقل في الواطي والموطوءة ولا الاباحة كالوطي في الاحرام والحيض ولا دوام النكاح هنا مسائل هل الوطي في الدبر مساو للوطي في القبل في كونه دخولا يحرم به بنت الزوجة عينا فيه وجهان اقربهما عند المص المساواة وهو الاقرب انه لو لم يعد دخولا لم يستقر به واما بيان بطلان التالي فلان المهر يستقر بالوطي في الدبر كالقبل على ما سياتي انشاء الله تعالى وكذا يثبت به الحد ويجب العدة في الطلاق ويلحق به النسب وكل هذه تابعة للدخول وثبوت التابع من حيث هو تابع يستلزم ثبوت المتبوع ويحتمل ضعيفا عدم المساواة لعدم ثبوت الاحصان ويرده ان الاحصان ليس من توابع الدخول والاصح المساواة لا اشتراط البلوغ ولا العقل في الواطي ولا الموطوءة لان الدخول بالنسبة الى التحريم سبب والاسباب لا يشترط فيها التكليف كالاتلاف فمن ثم لو وطي ناسيا او جاهلا بكونها الزوجة كما لو زوجه اياها وكيله ولا يعلم او استحلت ذكره في حال نومه وغمائه ثبت التحريم ويحتمل ضعيفا اشتراطهما في الواطي لظاهر قوله تع وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فانه خطاب وهو ينبئ بتعلقه بنحو المكلف لا اشتراط في الوطي مع الزوجية الاباحة فلو وطي في حال احرام احدهما او في الحيض او في الصوم ثبت التحريم لان الحكم معلق بالدخول وكذا لا اشتراط دوام النكاح قطعا لصدق الزوجات والنساء في المتعة والدائم والعقد والملك واحد في ذلك ووجهه ان الشارع اثبت حرمة المصاهرة في كل منهما ولان النساء تشمل الموطوءة بالملك تحرم اخت الزوجة بالعقد دائما او منقطعا تحريم جمع سواء دخل بالاخت اولا وسواء كانت لاب او لام او لهما ولا تحرم اخت الاخ اذا لم تكن اختا ولا تحرم بينهما في الملك قد تطابق النص في الكتاب والسنة واجماع المسلمين على تحريم اخت الزوجة جمعا ولا فرق في ذلك بين كون العقد دائما او منقطعا لتناول النص لكل منهما ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد دخل بالزوجة وعدمه لان المناط الجمع بين الاختين في النكاح وهو صادق بالعقد وكذا لا فرق في الاخت بين كونها لاب او لام او لهما ولا تحرم اخت الاخ اذا لم تكن اختا وذلك مع اختلاف الجهة كما لو كان الاخ لاب مثلا والاخت بالنسبة اليه لام وعكسه ولا يحرم الجمع بين الاختين في الملك لان المغلب في الملك جانب المالية وليس الغرض منه الوطي وان تعلق به جوازه

ولو طلق رجعيا حرمت الاخت حتى تخرج العدة ولو طلق بائنا او فسخ لعيب حلت في الحال على كراهية حتى تخرج العدة لما كانت المطلقة رجعيا زوجة لم تحل اخت المطلقة رجعيا للمطلق حتى تخرج

العدة اما البائن بطلاق او فسخ لعيب من الزوج او من الزوجة فان اختها تحل في الحال لخروجها عن الزوجية
فلم يتحقق الجمع بين الاختين في النكاح الا انه يكره نكاحها ما دامت المبانة في العدة لبقاء اثر النكاح ولصحيحة
زرارة عن الباقر ع قال سالته عن رجل تزوج امراة بالعراق ثم خرج الى الشام فتزوج امراة اخرى فاذا
هي اخت امراته التي بالعراق قال يفرق بينه وبين التي تزوجها بالشام ولا يقرب المراة حتى تنقضي عدة الشامية
الحديث وهو محمول على الكراهة لان التحريم ثبت بنص الكتاب والسنة الجمع بين الاختين في النكاح وهو منتف
هنا وينبغي ان يقرا فسخ المجهول ليتناول فسخ الرجل وفسخ المراة   يحرم بنت اخت الزوجة معها وبنت
اخيها وان نزلتا على اشكال يحرم جمع ان لم تجز الزوجة فان اجازت صح   قد سبق الكلام في تحريم بنت اخت
الزوجة وبنت اخيها جمعا وانما اعاده هنا لبيان ان التحريم كما يتعلق ببنت الاخ والاخت للصلب كذا يتعلق
بغيرهما على اشكال وهو المراد بقوله وان نزلتا ومنشا الاشكال من ان المفهوم من تحريم ادخال بنت اخت
الزوجة وبنت اخيها عليها انما هو احترام العمة والخالة ولهذا لو رضيتا انتفى التحريم واذا ثبت التحريم ففي بنتهما
اولى لان بعد الدرجة يقتضي زيادة الاحترام ومن حيث ان النص لم يرد الا على بنت الاخ والاخت ولا
يصدق ذلك الا على بنت الصلب لان بنت البنت لا تصدق على البنت الا مجازا فالاول ارجح نظرا الى استفادة
ذلك بالفحوى ولان الاحتياط في الفروج هو المطلوب   وله ادخال العمة والخالة على بنت الاخ والاخت
وان كرهتا والاقرب ان للعمة والخالة فسخ عقدهما لو جهلتا لا المدخول عليها   قد سبق الكلام ايضا في جواز
ادخال العمة والخالة على بنت الاخ وبنت الاخت وان كرهتا وانما اعاده ليبني عليه قوله فالاقرب ان للعمة
والخالة فسخ عقدهما وتحقيقه انه اذا تزوج عمة زوجته او خالتها مع علم العمة والخالة صح النكاح ولم يلتفت
الى رضا بنت الاخ وبنت الاخت ولو جهلتا فالاقرب عند المص ان لهما فسخ عقدهما اذا علمتا وليس لهما
فسخ عقد المدخول عليها هذا هو الظاهر ويمكن ان يكون المراد لا المدخول عليها فانه ليس لها فسخ عقدها
يدل على الحكم الاول ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق ع قال لا تزوج بنت الاخت على خالتها الا باذنها
وتزوج الخالة على ابنة الاخت بغير اذنها ولم يفرق الامة بين العمة والخالة فالفرق احداث وروى محمد بن مسلم
عن الباقر ع قال لا تزوج الخالة والعمة على ابنة الاخ وابنة الاخت بغير اذنهما واما الحكم الثاني فوجه القرب
فيه ان الجمع بدون الاذن ممنوع منه لما سبق ولرواية ابي الصباح الكناني عن الصادق ع قال لا يحل للرجل
ان يجمع بين المراة وعمتها ولا بين المراة وخالتها ولا سبيل الى بطلان عقد السابقة لسبق صحته ولا الى
تزلزله لسبق لزومه ولا الى بطلان عقد اللاحقة لان الجمع وان كان ممنوعا منه الا ان المنع ينتفي بالرضا
فيجب ان يكون موقوفا على رضى العمة والخالة فان رضيتا لزم والا كان لهما الفسخ ويحتمله ان الحق في ذلك لهما لان

الحق

التحريم لحرمتهما فاذا رضيتا انتفي السبب ويحتمل بطلان العقد الطاري من راس لثبوت النهي عنه والنهي في غير العبادة انما لايدل علي الفساد اذا لم يكن راجعًا الي شئ من اركان العقد فاما اذا رجع الي بعض الاركا ن
كتعيين المجهول والعقد علي بعض المحرمات فان العقد يقع باطلًا قطعًا والتحقيق في هذه المسلة ان رضاء
العمة والخالة ان كان شرطًا لصحة العقد كان العقد المشروط بالرضا اذا وقع بدونه باطلًا وان كان من
جملة السبب لم يحكم بالبطلان لكن يقع العقد متزلزلًا والاوضح من النصوص الاشتراط فان قوله لا تزوج
ابنة الاخت علي خالتها الا باذنها وكذا قوله عم لا تزوج الخالة والعمة علي ابنة الاخ والاخت ظاهر في اشتراط الاذن
في التزويج علي حد لا يدخل الا باذن مالكها وسيجي تمام البحث في ذلك ان شاء الله تعالي وهنا احتمال ثالث وهو
تزلزل العقدين معًا لان كلا من العقدين بالنظر الي ذاته صحيح وصحته تنافي صحة الاخر ولا اولوية
فيتدافعان وضعفه ظاهر فان اولوية للعقد السابق متحققة ولم يتعرض الشارح الفاضل لهذا الا حتمال
هنا وسياتي مثله قولًا في نظير هذه المسلة وكانه لم يلتفت اليه لضعفه وانتفاء قايل به لا يجوز
نكاح الامة لمن عنده حرة الا باذنها المراد بذلك النكاح بالعقد لا بالملك فانه يجوز مطلقًا اجماعًا
وسياتي تحقيق الخلاف في جواز نكاح الامة اختيارًا وتحقيق القول في ذلك ان شاء الله تعالي لا تحل ذات
البعل والعدة لغيره الا بعد مفارقته والعدة ان كانت من اهلها لا خلاف في هذا الحكم بين اهل الاسلام
قاطبة سواء كانت العدة رجعية او باينة لطلاق او فسخ او وفاة وقد سلف في كلامهم ما يغني عن ذكر هذه
المسلة ولا يخفي انه لو عقد ولم يعلم ثم علم تبين فساد النكاح لو تزوج الاختين نسبًا او رضاعًا علي التعا قب
كان الثاني باطلًا سواء دخل بها او لا وله وطي زوجته في عدة الثانية فان اشتبه السابق منع منهما والا قرب
الزامه بطلاقهما قد علم تحريم نكاح الاختين من النسب والرضاع فلو فعله المكلف فاما ان يكون العقد
عليهما واقعًا علي التعاقب او دفعة فان كان الاول كان العقد الثاني باطلًا لسبق صحة الاول وانعقاده
وانحصار المنع في الثاني ولا فرق في ذلك بين ان يدخل بالثانية وعدمه فرجع الضمير في قوله سواء دخل
بها هي الثانية للدلالة عليه بالثاني في قوله كان الثاني باطلًا ولا ريب ان له وطي زوجته في عدة الثانية حيث
يجب العدة وانما يجب اذا دخل بالثانية جاهلًا بكونها اخت الزوجة عملًا بالاستصحاب ولان الحرام لا
يحرم الحلال نعم يكره له ذلك لحديث زرارة السابق وظاهر كلام الشيخ في النهاية التحريم لهذه الرواية والاصح
الاول فان اشتبه السابق من عقدي الاختين وجب عليه اجتنابهما لان احديهما محرمة عليه فيجب اجتنا بهما
ولا يتم الا باجتناب كل منهما وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب والاقرب عند المصنف الزامه بطلاقهما
بان يجبره الحاكم علي ذلك ووجه القرب ان البقاء علي الزوجية موجب للضرر بالنسبة اليه واليهما لتعلق

احكام الزوجية به ومنعه من الاستمتاع ولان تحصيل البراءة من حقوق الزوجية واجب ولا يتم الا بالطلاق
ولقائل ان يقول نمنع كونه واجبا مطلقا بحيث يعم الاحوال كلها فيتناول حال الاشتباه ولو سلم فالبراءة
تحصل بالتسليم الى الحاكم او بالبذل للمستحق منهما فالمنع متوجه اما الى المقدمة الاولى او الثانية والظاهر
قوله تع فامساك بمعروف او تسريح باحسان ولا ريب ان الامساك مع الاشتباه موجب للضرر فلا يكون
امساكا بمعروف فيتعين الثاني لا يقال الطلاق مع الاكراه باطل لانا نقول الطلاق المكره عليه شرعا هو
المامور به فكيف يكون باطلا ولا ريب كل ما اكره عليه شرعا من العبادات وغيرها مقطوع بصحته والا
لامتنع فتح باب الاكراه شرعا وهو باطل ويحتمل تسلط المرأتين على الفسخ او فسخ الحاكم تفصيا
من الاكراه وليس ببعيد من الصواب الزامه بالطلاق فان امتنع فسخت هي او الحاكم اذا عرفت ذلك
فاعلم انه ان طلق كل واحدة منهما صح تطليقه ووجب تطليق كل منهما لان الزوجة منهما غير معلومة
بل هي مشتبهة ولو قال زوجتي منهما طالق فالقول بالصحة اقرب لان التطليق لمعينة بحسب الواقع ولان
المقصود بالتطليق هو الزوجة على التقديرين   فيثبت لهما ربع المهرين مع اتفاقهما واختلافهما على
اشكال   اذا طلق الاختين المعقود عليهما في الفرض انه قبل الدخول يثبت لهما ربع المهرين لان
الزوجة واحدة منهما والواجب لها بالطلاق نصف المهر فمع اشتباه المهر الثابت وتردده بين
المهرين يوزع عليهما لعدم الترجيح وانتفاء الاولوية فيجب من كل منهما ربعه وهذا واضح مع اتفاق
المهرين جنسا ووصفا وقدرا اذا كانا في الذمة فان ربع المجموع مساو لنصف احدهما كما لو كان كل منهما
مائة دينار اما مع اختلافهما في الجنس او الوصف او القدر وكذا لو تشخص احدهما فاشكال ينشأ من
ان الواجب في نفس الامر هو نصف احدهما وليس ربع المجموع هو نصف احدهما بخصوصه لان الفرض
اختلافهما ببعض الامور المذكورة كما هو واضح فالحكم به يستلزم وجوب ما ليس بواجب وسقوط
ما هو واجب ومن ان المستحق وهو نصف احدهما غير متعين وانما هو مشتبه ودائر بين المهرين
فحيث انتفى الترجيح والاولوية وجب تقسيطه عليهما فيوخذ من كل منهما ربعه وعلى هذا فيحتمل ان يقسم
المجموع بينهما لعدم الاولوية ويحتمل ان يصرف الى كل واحدة ربع مهرها لانه ان كان نكاحها هو الصحيح استحقت
نصف مهرها وان كان نكاح الاخرى استحقت هي نصف مهرها فلحصول الاشتباه وانتفاء المرجح
رددنا كل واحدة الى نصف الحق وهو ربع المهر ويحتمل القرعة لانه امر مشكل والايقاف حتى يصطلحا
او يتبين الحال تفصيا من دفع الحق الى غير مستحقه وعلى هذا الاحتمال الاول فانما يحتمل العمل بالقرعة لانه امر
مشكل والايقاف حتى يصطلحا او يتبين الحال والقول بالقرعة قوي   ويحتمل القرعة في مستحق المهر

والايقاف

او الاتفاق حتى يصطلحا وجه الاول انه امر مشكل لوقوع اللبس فيجب القرعة ووجه الثاني ان احدهما غير
مستحق ولا بد من دفع الحق الى مستحقه فاذا اصطلحا اندفع المحذور وحصل يقين البراءة اذا عرفت ذلك
فهنا كلامان ظاهر عبارة المص ان احتمال القرعة في مستحق المهر جاز مع اختلاف المهرين وايجاب ربع
كل منهما وظاهر انه غير مستقيم لان كل من خرج بالقرعة استحقاقها لم يجب لها سوى نصف مهرها ولم يجب
من مهر الاخرى شيء وما ذكره الشارح السيد من ان القرعة اذا اخرجت للاستحقاق ذات المهر الاقل
رد ما زاد على نصفه على الزوج فان ربع المجموع ازيد من نصف الاقل وهي لا تستحق الزائد قطعا احتمال
القرعة انما يستقيم اذا جهل السابق كل من الزوج والزوجتين وانتفاء البينة او اذا ادعت كل منهما السبق وعلم
بصدق الزوج واحدة منهما ولا بينة ولم يدعيا علم العلم او ادعيا فحلف او رد فنكلتا ام مع الثبوت بواحد
من طرفيه فلا بحث في وجوب نصف مهر من ثبت عقدها دون الاخرى ولا يخفى ان المص لو قال والاقرب
الزام بطلاقهما فيحتمل القرعة في مستحق نصف المهر منهما والاتفاق حتى يصطلحا ويحتمل ثبوت ربع
المهرين مع اتفاقهما او اختلافهما على اشكال لكان اسلم لكن يدفعه ان يراد بقوله حتى يصطلحا الزوج
او الزوجتان والتشريك والقول بالقرعة مشكل والاولى وجوب ربع المهرين على اطلاقه كما سبق قوله ومع
الدخول يثبت المهران مع الجهل فليس له تجديد عقد الا بعد العدة يفهم من قوله ومع الدخول انما
هو كما اذا طلق قبل الدخول ولا ريب انه اذا دخل بهما وكانتا جاهلتين بالتحريم او جهلت كل واحدة
منهما عقد الاخرى او جهلت تقدم عقد الاخرى واشتباه السابق وجب مهران قطعا وظاهر قول
المص يثبت المهران وجوب كل من المسميين وفاقا لقول الشيخ ان الدخول في العقد الفاسد يوجب المسمى
فكيف كان فليس له مع الدخول بهما اذا طلقهما تجديد العقد على احديهما حتى تنقضي عدة الاخرى اذا
كان الطلاق بالنسبة الى كل منهما رجعيا على تقدير صحته وكذا لو كان طلاق احديهما رجعيا واراد
العقد على البائنة لجواز كون الزوجة ذات العدة الرجعية ولا يجوز العقد على الاخت في العدة الرجعية
لان المعتدة رجعيا زوجة اما لو كانتا بائنتين او احديهما وعقد على الرجعية فلا حرج لان تجديد
النكاح في العدة الرجعية لا يقصر عن الرجعة ولو ضم الى النكاح الرجعة كان اولى ولو اوجبنا
في الفاسد مهر المثل واختلفا فالقرعة قد سبق في الرضاع انه اذا ثبت ان المعقود عليها امه او اخته
من الرضاع وقد دخل بها ثبت لها المسمى ثم احتمل وجوب المثل فنقول ان اوجبنا في الفاسد المسمى فلا
بحث في وجوب المسمى لكل منهما وان اوجبنا فيه مهر المثل فلا يخ اما ان يتفق مسمى كل منهما ومهر مثلها
او يختلفا فان اتفقا فلا اشكال في ان كل واحدة منهما يدفع اليها مهرها لانه ان كان السابق عقدها ٥

فقد استحقته بالنكاح الصحيح والا فالعقد الفاسد او ان اختلف مسمى كل منهما ومهر مثلهما او مسمى احدهما ه
ومهر مثلها فلا بد من القرعة فى تعيين الزوجة فمن اخرجته القرعة منهما استحقت المسمى ووجب للاخرى
مهر المثل ويجى احتمال الاتفاق حتى يصطلحا وان لم يذكره المص واعلم ان الضمير فى قوله وان اختلف يعود الى
كل من الفاسد ومهر المثل ووحده باعتبار كل واحد وهو صادق اذا كان الاختلاف المذكور بالنسبة اليهما
او الى واحدة منهما خاصة والظاهر انه لا فرق فى هذه الاحكام كلها بين اذا علم السابق ثم اشتبه او علم سبق
واحد فى الجملة من اول الامر او اشتبه السبق والاقتران فالالزام بالطلاق ظاهر الوجه اما وجوب
نصف المهر ففيه نظر ولو اتحد العقد بطل وقيل تخير اى لو عقد على الاختين معا عقدا
واحدا وهذا هو القسم الثانى من قسمي العقد على الاختين وقد اختلف الاصحاب فى حكمه فقال ابن حمزة
وابن ادريس والمص هنا واكثر المتاخرين بالبطلان لثبوت النهى الناشى عن عدم صلاحية المعقود
عليها لان الكل فيكون فاسدا واما قلنا انه ناشى عن عدم صلاحية المعقود عليها لان كل واحدة منهما
يمتنع نكاحها مع نكاح الاخرى ولان العقد على كل واحدة منهما مانع من العقد على الاخرى ومبطل له
فنسبة العقد اليهما واحدة ولا ترجيح فتعين البطلان ولان العقد لو صح فاما بالاضافة اليهما او الى
احدهما معينة او غير معينة والكل باطل اما الاول والثانى فظاهر واما الثالث فلان صحة ما ليس
معينا فى حد ذاته لا يعقل لان ما ليس معينا فى ذاته لا وجود له ومتى بطل اللازم باقسامه انتفى
الملزوم فثبت البطلان لا يقال يمنع الحصر فى الصحة والبطلان لانهما من احكام السبب والعقد
المذكور ليس هو السبب بل جزؤه والجزء الآخر هو العقد على ما دل عليه قوله تع اوفوا بالعقود وقال
الشيخ فى النهاية يتخير فمن اختارها بطل نكاح الاخرى وهو قول ابن الجنيد وابن البراج والمص فى
المختلف لما رواه جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما عليهما السلم فى رجل تزوج اختين فى
عقد واحد قال هو بالخيار ان يمسك ايتهما شاء ويخلى سبيل الاخرى ولان ضميمة العقد على احدهما
الى العقد على الاخرى لا ينافى صحة العقد كما هو لو جمع فى العقد بين محللة ومحرمة وجوابه ان الرواية
مرسلة ولا صراحة فيها بالنسبة الى المدعى لان قوله عم يمسك ايتهما شاء ويخلى سبيل الاخرى يحتمل
ان يراد به ان احدهما حلال له دون الاخرى فيجدد العقد على من يريد ولا دلالة فيها على ان الامساك
بذلك العقد وان كان يفهم من اللفظ ذلك لان الاحتياط فى الفروج مطلوب والفرق بين ما نحن
فيه والعقد على المحللة والمحرمة ظاهر لان المقتضى لصحة العقد فى المحللة دون المحرمة قائم فيثبت
المرجح بخلاف محل النزاع والاصح البطلان ولو وطى امة بالملك حرم عليه اختها حتى يخرج ه

الاولى

الاولى عن ملكه ببيع او هبة او غيرهما وفى اشتراط اللزوم او الاكتفاء بالتزويج او الرهن او الكتابة اشكال
لا خلاف انه يجوز الجمع بين الاختين فى الملك لان الغرض الاصلى فى الملك المالية حتى لو اشترى جارية فوطيها
لم يحرم عليه شراء اختها ومن ثم جاز شراء من يمتنع الاستمتاع و المرتدة و المعتدة والمزوجة و المحرمة
بالمصاهرة وانما يحرم الجمع بينهما فى النكاح لعموم قوله تع وان تجمعوا بين الاختين والمراد فى النكاح كما
يقتضيه سياق الاية فيتناول العقد والوطى و كذا مع توابع الوطى من الاستمتاعات فمتى وطى امته المملوكة
حرمت عليه اختها بالملك فلو كانت الاخت مملوكة له حرم عليه الاستمتاع ما دامت الاولى فى ملكه ولا
خلاف فى ذلك فلو خرجت الاولى عن ملكه حلت الثانية لانتفاء الجمع المحرم لكن هل يشترط لحل
الثانية ان يكون خروج الاولى بعقد لازم ام يكفى مطلق العقد الناقل وان كان معه خيار كالبيع
بخيار والهبة التى يجوز الرجوع فيها فيه اشكال ينشا من ان غاية التحريم فى النص خروج الاولى عن
ملكه وذلك متحقق مع الخيار واشتراط اللزوم يقتضي كون ما جعله الشارع غاية ليس بغاية وهو
معلوم البطلان ومن ان ثبوت الخيار يقتضى كونها بحكم المملوكة فان له الرجوع و التصرف بها متى شاء
ما دام الخيار باقيا ويضعف بان الخروج عن الملك الذى هو غاية التحريم قد حصل وتمكنه من التصرف
بالفسخ بالخيار غير قادح لانتفاء الدليل ولانه متمكن بعد الاخراج اللازم من التصرف دائما بالشراء
والاتهاب وغير ذلك من العقود الناقلة فلو اثر لم لاثر هنا والاقرب عدم اشتراط اللزوم ولو لم
يخرج الاولى عن الملك لكن فعل ما يقتضي تحريم وطيها عليه كان زوجها او رهنها او كاتبها ففى
الاكتفاء به فى حل الثانية اشكال ينشاء من ان الحل منوط باخراج الاولى عن الملك لقول امير المؤمنين مبنى عم
فلا يطأ الاخرى حتى يخرج الاولى عن ملكه فلا يحل بدونه ومن ان الغرض من اخراجها عن الملك
والاصح عدم الاكتفاء بشئ من ذلك و ما جرى مجراه مما لا يفيد نقل الملك وجزم المص فى التذكرة بانها
لا تحل برهن الاولى لان منع الراهن منها لحق المرتهن لا لتحريمها و لهذا تحل باذنه فى وطيها والحكم
صحيح الا ان التعليل لا يخ من شئ فان تعلق حق المرتهن بها اقتضى تحريمها عليه ما فى الباب انه
تعلق ضعيف يزول حكمه بالاذن وهنا مباحث قال فى التذكرة لو باع بشرط الخيار فكل موضع
يجوز للبائع الوطى لا تحل فيه الثانية وحيث لا يجوز فوجهان للشافعية هذا كلامه وظاهر النص يقتضى
عدم الفرق بين اقسام الخيار لتحقق التحويل والنكاح والفراش لكل منهما وفى اللمس والقبلة والنظر
بشهوة تردد لو اخرج احديهما عن ملكه بسبب من الاسباب الناقلة ثم فسخ البيع مثلا او ردت
بعيب او اقالة فلا بد من الاستبراء للملك الحادث و كذا لو طلقها زوجها او عجزت المكاتبة فاسترقها

لو كان الوطي بشبهة فهل هي كغيره يحتمل العدم لانها لا تزيد بذلك عن حال الاجنبية ولو كانت احدى
الاختين محرمة بسبب آخر كالوثنية فوطئها بشبهة جاز وطي الاخرى لان الاولى محرمة ذكره في التذكرة
لو ملك اما وبنتا فوطي احديهما حرمت الاخرى مؤبدا فلو وطي الاخرى بعده جاهلا بالتحريم حرمت مؤبدا
عند الشافعية ذكره في التذكرة وما روي من قوله ع لا يحرم الحرام الحلال يدفعه واعلم ان قوله حرتين
اوامتين المراد بهما العمة وبنت الاخ والخالة وبنت الاخت كما ان قوله من النسب مرتبط بهما ويحتمل
ارتباطه ببنت الاخ او الاخت لانها المحدث عنه او العمة والخالة لقربهما وقوله لا ملك يمين معطوف على
جملة لو تزوج بنفسه محذوف صورته لان ملك ملك يمين ولا بد من ارتكاب التوسع لان المراد
الوطي بملك اليمين   فان وطي الثانية ايضا قبل اخراج الاولى قيل ان كان عالما بالتحريم حرمت الاولى
حتى تموت الثانية او يخرجها من ملكه لا للعود الى الاولى فان اخرجها لذلك لم تحل الاولى والاقرب
انه متى اخرج احديهما حلت الاخرى سواء كان للعود اولا وسواء علم التحريم اولا وان لم يخرج احديهما
فالثانية محرمة دون الاولى اي اذا وطي امة بالملك حرمت عليه اختها حتى يخرج الاولى عن ملكه
فان وطي الثانية ايضا قبل اخراج الاولى فللاصحاب قولان احدهما واختاره الشيخ في النهاية وابن البراج
وابن حمزة والمصنف في المختلف وحكاه هنا بقوله قيل ان كان عالما الخ انه ان وطي الثانية عالما بالتحريم
حرمت عليه الاولى ايضا الى ان تموت الثانية او يخرجها من ملكه لا لغرض العود الى الاولى فان اتفق
اخراجها لا لذلك حلت له الثانية وان اخرجها من ملكه ليرجع الى الاولى فالتحريم باق وان وطي
الثانية جاهلا بالتحريم لم يحرم عليه الاولى اذا اخرج الثانية عن ملكه ويدل عليه ما رواه الحلبي في الحسن
عن الصادق ع قال سئل عن رجل كان عنده اختان مملوكتان فوطي احديهما ثم وطي الاخرى فقال حرمت
عليه الاولى حتى تموت الاخرى قال ارايت ان باعها اتحل له الاولى قال ان كان يبيعها لحاجة ولا
يخطر على قلبه من الاخرى شيء فلا ارى بذلك باسا وان كان انما يبيعها ليرجع الى الاولى فلا ولا
كرامة وروى ابو الصباح الكناني في الصحيح عن الصادق ع نحو ذلك ولان المقابلة بنقيض المقصود
واقعة شرعا كما في منع القاتل من الارث هذا اذا كان عالما اما مع الجهل فلا تحرم عليه الاولى للاصل
ولان للجهل عذرا في كثير من المواضع ولما رواه الحلبي عن الصادق ع قال قلت له الرجل يشتري الاختين
فيطأ احديهما ثم يطأ الاخرى بجهالة قال لم تحرم عليه الاولى وان وطي الاخيرة وهو يعلم انها عليه
حرام حرمتا جميعا وهي صريحة في ان وطي الثانية مع جهل التحريم لا يحرم الاولى الا ان عبارة الشيخ
تؤذن بتحريم الاولى الى ان يخرج الثانية عن ملكه والقول الثاني وهو اختيار ابن ادريس ونجم الدين

ابن سعيد

ابن سعيد وهو مذهب المص هنا واختياره في التذكرة عدم تحريم الاولى بوطي الثانية ومتى اخرج احدهما ها
عن ملكه حلت الاولى سواء قصد به العود الى الاولى ام لا فان الحكم الاول فلان الحرام لا يحرم الحلال والتحريم
انما تعلق بوطي الثانية فيستصحب ولان الاصل الاباحة واما الحكم الثاني فلانه متى اخرج احديهما
لم يبق جامعا بين الاختين فينتفي التحريم بانتفاء سببه والاصح الاول واحتجاج ابن ادريس ضعيف
فان الروايات الواردة بذلك خالية عن معارض فلا سبيل الى رده واعلم انه اذا وطي الثانية عالما بالتحريم
فلا حد عليه لقيام الملك نعم يعزر ولو وطي امة بالملك قيل جاز ان يتزوج باختها فتحرم الموطوءة
ما دامت الثانية زوجة القول المشار اليه في العبارة هو قول الشيخ في المبسوط والخلاف واختاره المص
في التحرير وهو ظاهر اختياره في التذكرة ولم يصرح هنا بشيء والاصح الجواز لعموم قوله تع واحل لكم ما
وراء ذلكم وقوله تع فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغيرهما والنكاح اقوى من الوطي بملك اليمين فاذا اجتمعا
وجب تقديم الاقوى وانما قلنا انه اقوى لان النكاح يتعلق به الظهار والطلاق واللعان والايلاء والميراث
والغرض الاصلي في الملك المالية فلا ينافي النكاح وكذا حل الوطي به كالامة العزبة اذا احلها مالكها فعلى
هذا تحرم الموطوءة ما دامت الثانية زوجة ويحتمل المنع لان الامة تصير بالوطي فراشا فلم يجز ان يرد
النكاح عليه كما لا يرد نكاح الاخت على نكاح اختها وجوابه ان القياس باطل مع وجود الفرق فان
النكاح اقوى من الوطي بملك اليمين ولو تزوج بنت الاخ او بنت الاخت على العمة والخالة من النسب او
الرضاع حرتين او امتين لا بملك يمين على اشكال فان كان باذنهما صح والا بطل على راي ووقع موقوفا
٥ على الاجازة على راي فان اجازت العمة او الخالة لزم ولا استئناف اخر وان فسختاه بطل ولا مهر قبل الدخول
اذا كانت العمة والخالة عنده فعقد على بنت الاخ او بنت الاخت فان كان العقد باذن العمة والخالة
فلا بحث في الصحة وان كان بغير اذنهما فللاصحاب اقوال بطلان العقد من راس وتزلزل عقد
المدخول عليها فلها ان تفسخ عقد نفسها وهو قول ابن ادريس واحتج على البطلان بان العقد على
بنت الاخ او بنت اختها منهي عنه والنهي يدل على الفساد اما انه منهي عنه فلقول النبي ص لا تنكح
المراة على عمتها ولا على خالتها والمراد بالنكاح هنا العقد ولصحيحة ابي الصباح الكناني عن الصادق ع
قال لا يحل للرجل ان يجمع بين المراة وعمتها ولا بين المراة وخالتها وصحيحة ابي عبيدة الحذاء قال سمعت
الصادق ع يقول لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على اختها من الرضاعة وهذا انما هو مع عدم
الاذن وكون الطاري نكاحها هي بنت الاخ او بنت الاخت اما مع الاذن او كون الطاري نكاح العمة
او الخالة فلا خلاف عندنا في الصحة ويدل على ذلك صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر ع قال لا تزوج بنت الاخت

على خالتها الا باذنها وتزويج الخالة على بنت الاخت بغير اذنها والاجماع على مساوات العمة للخالة في ذلك
واما ان النهي يدل على الفساد فقد بين في الاصول اما تزلزل عقد المدخول عليها فلم يتعرض للاحتجاج عليه
واعترض عليه المص في المختلف بان النهي لا يدل على الفساد انما ذلك في العبادات وبانه لو وقع العقد
الطاري فاسدا لم يكن لتخيرها في فسخ عقد نفسها وجه لان المقتضي للفسخ الجمع ومع وقوع العقد
فاسدا لا جمع ولقائل ان يقول ان النهي في المعاملات وان لم يدل على الفساد بنفسه لكنه اذا دل على
عدم صلاحية المعقود عليها للنكاح فهو دال على الفساد من هذه الجهة كالنهي عن نكاح الاخت و لعمة
الخالة وكالنهي عن بيع الغرر في البيع والنهي في محل النزاع من هذا القبيل تزلزل العقد الطا ري
بحيث يقع موقوفا على رضى العمة او الخالة لازما كما كان اختاره المحقق والمص وجمع من المتاخرين
اما الحكم الاول وهو تزلزل الطاري وعدم وقوعه فاسدا فلعموم قوله تع اوفوا بالعقود فان المتنازع فيه
اذا تعقبه رضى من يعتبر رضاه اندرج في هذا العموم فوجب الحكم بصحته وقبل الرضا لا يكون فاسدا والا
لم ينقلب صحيحا ولا نعني بالموقوف الا ذلك ولا عقد صدر بدون رضى من يعتبر رضاه في صحته فكان
كالفضولي ولا دلالة للاخبار السابقة على انه بدون الرضا يقع فاسدا لان الحاصل من الاخبار بعلة
الجمع بينهما هو المنع من العقد بدون الاذن وذلك اعم من كون الاذن سابقا او لاحقا على ان لقائل ان يقول
ان رواية محمد بن مسلم تدل على اعتبار سبق الاذن لان قوله عم لا تزوج ابنة الاخت على خالتها الا باذنها ظاهر
ذلك لان اعم معاني الباء الالصاق فيجب حصوله في وقت التزويج والسابق الى الفهم في مثل ذلك المصاحبة
او السببية وكلاهما يعطي المراد واظهر منه دلالة ما رواه علي بن جعفر في الصحيح عن اخيه موسى عم
انه قال في حديث ولا تزوج بنت الاخ والاخت على العمة والخالة الا برضا منهما فمن فعل فنكاحه باطل
واما الحكم الثاني وهو كون عقد العمة والخالة لازما كما كان فلانه صحيح لازم والاصح بقاء ذلك ولان النهي عنه
هو الطاري فيختص بمقتضى النهي وان فسد فلا بحث وان كان موقوفا بسبق الاول بسبق لزومه فلا يلزم
تجدد تزلزله تزلزل كل من العقدين السابق والطاري واختاره الشيخان وسلار لان العقد الطا ري
صحيح فيتدافع العقدان قال المص في المختلف كلام الاصحاب ليس عندي استبعاد لان عقد الداخلة
صحيح في نفسه لصدوره من اهله في محله جامعا للشرائط واذا وقعت صحيحا تساوت نسبته ونسبة
عقد المدخول عليها فكما كان لها فسخ عقد الداخلة كان لها فسخ عقدها وما ذكره صحيح ضعيف لثبوت
الاولوية لسبق لزوم الاول وانتفاء التكافؤ وعدم الدليل الدال على انقلاب اللازم جائزا اذا عرفت
هذا فاعلم ان قول المص من النسب او الرضاع حرة كانت او امة يريد به عدم الفرق في الحكم بين كون

العمة

العمة والخالة في المذكورات من النسب او الرضاع لعموم قوله عم الرضاع لحمة كلحمة النسب وقوله عم يحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب ولرواية ابي عبيدة الحذاء عن ابي عبد الله عم وانه لا فرق بين كون العمة وبنت
الاخ والخالة وبنت الاخت حرتين او امتين او بالتفريق لشمول النصوص السابقة للامرين كما تشمل الحرة
وهذا انما هو في النكاح بالعقد اما الوطي بملك اليمين ففيه اشكال ويتصور فيه صور كون العمة وبنت
اخيها مثلا مملوكتين للواطي وكون العمة مملوكة وبنت الاخ معقودا عليها له وعكسه فاذا وطي العمة بالملك فهل
يحرم عليه وطي بنت الاخ بالملك فيه اشكال ينشأ من ان قوله عم لا تنكح المرأة على عمتها يتناول محل النزاع بناء
على ان النكاح حقيقة في الوطي وقد صرح به ائمة اللغة ولرواية ابي الصباح الكناني عن ابي عبد الله عم
قال لا يحل للرجل ان يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها والنكرة في سياق النفي للعموم فيعم
كل جمع حتى الجمع في الوطي بملك اليمين ومن ان استعمال النكاح في العقد شرعا اشيع ولان سلطنة
النكاح بالنسبة الى الامة لمولاها ولا اعتبار لاذنها معه فكيف وكيف يكون لها سلطنة عليه بحيث يتوقف
نكاحه على اذنها على ان اذنها لا اعتبار به اصلا وانما المعتبر اذن سيدها ولا بد من ارادة العقد في
الحديث قطعا اذ العقد ممنوع منه والمشترك لا يستعمل في معنييه حقيقة وفي بعض الاخبار التصريح
بالتزويج ولو وطي العمة بالملك فهل يحرم عليه العقد على بنت الاخ فيه اشكال لا يخفى من ضعف بعض ما
سلف في العقد على اخت الموطوءة بالملك وهل يحرم عليه وطي العمة بعد ذلك الظاهر لا لان العقد على
بنت الاخ حيث يمنع منه انما هو لتكرم العمة لتوقفه على اذنها فلو كان العقد على بنت الاخ موجبا لتحريم
وطي العمة لكان ذلك موجبا لزيادة اهانتها ولو عقد على العمة ثم اراد وطي بنت الاخ بالملك فهل يتوقف
على الرضا فيه اشكال يعلم وجهه مما سبق في اول هذه المسائل ويمكن ادعاء التوقف هنا بطريق اولى
لانه لما كان المقتضي لتحريم بنت الاخ تكريم العمة فاذا كانت بنت الاخ مملوكة كان امتهان العمة او الخالة
الخ متفرع على القول بوقوع العقد الطاري موقوفا ووجه قوله ولا مهر قبل الدخول ظاهر فانه لا نكاح
م على تقدير الفسخ ولا يخفى ان القول ببطلان العقد الطاري لا يخ من قوة فان النصوص دالة عليه الا ان
المشهور خلافه   وهل للعمة او الخالة فسخ عقدهما والاعتزال قيل نعم وفيه نظر فيقع العدة ح باينة قد
عرفت في الخلاف في ان العمة والخالة هل لهما فسخ عقدهما في الصور المذكورة ام لا وان اكثر الاصحاب وهم الشيخان
وسلار وابن ادريس قائلون بذلك وقد عرفت ضعف دليل هذا القول ولذلك قال المص وفيه نظر والا صح
خلافه لانتفاء الدليل الدال عليه وعلى القول به فتقع العدة ح اي حين فسخهما باينة فان عدة الفسخ لا تكون
الا كذلك   لو عقد على الامة من دون اذن الحرة بطل او كان موقوفا على راي وتتخير الحرة في فسخه وامضائه

وهل لها فسخ عقدها السابق قيل نعم لو عقد من تحته الحرة على الامة بناء على انه يجوز نكاح الامة بالعقد
وقد لا يلزم هذا البناء لان الحرة ربما كانت بعيدة عنه بحيث لا يمكنه الاصول اليها فلا بد له من نكاح الامة
فهل يقع العقد على الامة باطلا في نفسه ام يقع موقوفا على رضا الحرة فان اجازته صح وان ردته بطل قولان
للاصحاب ثم هل للحرة فسخ عقد نفسها السابق على العقد على الامة فيه قولان ايضا فهنا بحثان
قال الشيخ وابن البراج وابن حمزة ان عقد الامة يقع موقوفا واختاره المص في المختلف في اول كلامه وقال
بن ابي عقيل وابن الجنيد وابن ادريس انه يقع باطلا ويلوح من آخر كلامه في المختلف الميل اليه لانه قال
وان كان ما قالوه ليس بعيدا من الصواب احتج الاولون بعموم قوله تع اوفوا بالعقود وبانه عقد صدر
بدون رضى من يعتبر رضاه فوجب ان يقف على رضاه كالفضولي وبما رواه سماعة عن الصا دقع
عن رجل تزوج امة فقال ان شاءت الحرة ان تقيم مع الامة اقامت وان شاءت ذهبت الى اهلها الحديث
واحتج الآخرون بما رواه الحلبي في الحسن عن الصادق ع قال تزوج الحرة على الامة ولا تزوج الامة على الحرة
ومن تزوج امة على حرة فنكاحه باطل وعن حذيفة بن منصور قال سألت ابا عبد الله ع عن رجل تزوج
امة على حرة لم يستاذنها قال يفرق بينهما قلت عليه ادب قال نعم اثنا عشر سوطا ونصف ثمن حد الزاني
وهو صاغر وجه الاستدلال بهذه ان السؤال يحتمل رضاء الحرة بعد العقد وعدمه وترك الاستفصال
دليل العموم والتعزير انما هو مع الدخول مع علمه بالحكم اجاب المص في المختلف بان المراد من كونه باطلا انه
آئل الى البطلان على تقدير اعتراض الحرة وهو ضعيف لان ذلك خلاف الظاهر ورواية سماعة لضعفها لا
تصلح للمعارضة وقال المص في المختلف ويحمل المنع على قول ابن ابي عقيل وكانه انما قال ذلك لعدم تصريح ابن
ابي عقيل بالمنع هنا بخلاف العمة والخالة والتقريب من الجانبين كما تقدم هنا والاصح المنع ولو
تزوج تزوج الحرة على الامة مضى العقد وتخير مع عدم العلم في امضاء عقدها وفسخه لا عقد الامة
ولو جمع بينهما صح عقد الحرة وكان عقد الامة موقوفا او باطلا ولو عقد على من يباح نكاحها ومحرم
دفعة صح عقد الاولى دون الثانية اذا تزوج الحرة على الامة فالعقد ماض وليس للامة اعتراض
بخلاف الحرة للاصل ولان المنع من العقد على الامة لان عنده حرمة مكرمة للحرة وذلك منتف في الامة
اذا عرفت ذلك فاما ان تكون الحرة عالمة بان للمزوج زوجة اخرى هي الامة او لا فان كانت عالمة لم يكن
لها اختيار في فسخ عقد نفسها ولا في فسخ عقد الامة لان دخولها على الامة مع علمها يتضمن رضاها
وان لم تكن عالمة ولم ترض بعد العلم كان لها فسخ عقد نفسها لا فسخ عقد الامة لان عقد الامة قد سبق
لزومه فلا سبيل الى ابطاله ولصحيحة يحيى الازرق عن الصادق ع قال سألته عن رجل كانت له امرأة وليدة

فتزوج

فتزوج حرة ولم تعلمها بان له امرأة وليدة قال ان شاءت الحرة اقامت وان شاءت لم تقم الحديث واذا جمع بين
الامة والحرة في عقد واحد كان يزوج رجل بنته وامته من رجل بعقد واحد ويزوج امته وبنت
غيره بالوكالة ونحو ذلك فان كانت الحرة عالمة راضية فالعقد ماض وان لم تكن راضية ولم ترض بطل نكاح
الامة وكذا لو لم تعلم ثم علمت حرة وامتين مملوكتين في عقد واحد قال اما الحرة فنكاحها جائز وان كان قد
سمى لها مهرا فهو لها واما المملوكتان فان نكاحهما في عقد مع الحرة باطل يفرق بينه وبينهما وذهب المص
في المختلف الى ان للحرة فسخ عقد نفسها لانه عقد واحد وقع متزلزلا ولا اولوية وفيه منع لانها اذا لم
ترض بعقد الامة فسد فتحققت الاولوية وللرواية والشافعي اجرى فيه القولين في تفريق الصفقة
غير قادح عندنا واعلم ان قول المص في البيع ومثله ما لو جمع بين من يباح نكاحها ويحرم دفعة كالعمة وبنت
اخيها مع عدم رضا العمة وكعمة نفسه وبنتها توقف على كل منهما حكمه ولا يضر اتحاد العقد لان تفر يق
الصفقة غير قادح عندنا واعلم ان قول المص ولو جمع بينهما يتناول ما اذا جمع بينهما في عقد وما اذا عقد
على كل منهما عقدا مستقلا واقترن العقدان وكذا قوله ولو عقد من يباح نكاحها ويحرم دفعة قيل
يحرم على الحر العقد على الامة الا بشرطين عدم الطول وهو المهر والنفقة وخوف العنت وهي مشقة
الترك وقيل يكره فعلى الاول تحرم الثانية ولا خلاف في تحريم الثالثة لا خلاف بين علماء الاسلام في جواز
نكاح الامة بالعقد لمن فقد طول الحرة وخشي العنت واختلفوا في الجواز اذا انتفى احد الامرين
فالمشهور بين متقدمي الاصحاب التحريم ذهب الى ذلك الشيخ في الخلاف والمبسوط وهو قول المفيد وابن
ابي عقيل وابن الجنيد وابن البراج وذهب الشيخ في النهاية الى الجواز على كراهية وتبعه ابن حمزة وابن
ادريس واختاره المص في المختلف احتج الاولون بقوله تع ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات
المؤمنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات ذلك لمن خشي العنت منكم وجه الاستدلال انه سبحانه في نكا ح
الامة عدم الطول لان من للشرط وشرط خوف العنت بقوله جل وعلا ذلك لمن خشي العنت منكم وبما روا ه
محمد بن مسلم قال سألت ابا جعفر ع عن الرجل يتزوج المملوكة قال اذا اضطر اليها فلا بأس دل على ثبوت
البأس مع انتفاء الضرورة والمراد بالاضطرار ما ذكر في الآية وبان البضع مبني على الاحتياط التام
فيقتصر في الحل على مورد النص واحتج الآخرون بان الاصل الاباحة وبعمومات الكتاب مثل قوله تع والذين هم
لفروجهم حافظون الا على ازواجهم وهو شامل للمتنازع وقوله تع ولامة مؤمنة خير من مشركة وقوله تع
واحل لكم ما وراء ذلكم وقوله تع فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله تع وانكحوا الايامى منكم والصالحين من
عبادكم وامائكم وما رواه ابن بكير عن بعض اصحابنا قال لا ينبغي ان يتزوج الحر المملوكة اليوم انما كان ذلك حيث

قال الله عز وجل ومن لم يستطع منكم طولاً والطول المهر ومهر الحرة اليوم مثل مهر الامة واقل وجه الاحتجاج
بذلك ان قوله لا ينبغي ظاهر في الكراهية واجاب المص في المختلف عن حجة الاولين بان الآية انما تدل من حيث
المفهوم وهو ضعيف فاذا عارضه المنطوق خرج عن الدلالة على ان المعلق الامر بالنكاح اما ايجاباً او استحباباً
واذا انتفاء المعلق عليه انتفى الوصف الزائد على الجواز وايضاً انه خرج مخرج الاغلب فلا يدل على نفي الحكم عما
عداه وكذا الجواب عن الخبر وفيه نظر لان مفهوم الشرط معتبر عند المحققين ودلالة قوله تعالى ذلك لمن
خشى العنت لا ينحط عن المنطوق ثم انه ليس ثم منطوق يعارض ذلك فان قوله قوله سبحانه الا على ازواجهم
انما يتناول الزوجة شرعاً وليس النزاع الا في كون الامة زوجة وقوله تعالى ولامة مؤمنة خير من مشركة
نقول بموجبه ولا دلالة له على جواز النكاح مطلقاً وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم الظاهر ان المراد به من
الحراير بدليل قوله تعالى فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن فريضة واجر الامة لسيدها فلا تعطاه
والمراد بما طاب من النساء واحل منهن والكلام في محل النزاع انما هو في المحل وانكاح الاماء في الجملة لا يدل
على الانكاح في محل النزاع لانه لا عموم ثم قوله المعلق الامر بالنكاح غير ظاهر لان ذلك انما يكون لو انه قال فلينكح
مما ملكت ايمانكم والآية مسوقة لبيان الحل والحرمة فلا يقتضي الا ما يناسب ذلك مثل فنكاحهم مما ملكت ايمانكم
ونحو ذلك وقوله انه خرج مخرج الاغلب خلاف الظاهر ورواية بن ابي بكير ضعيفة والقول بالتحريم
اقوى ويحكى عن بعض الاصحاب قول ثالث وهو تحريم الامة لمن عنده حرة وقد يستدل له بقوله عم في رواية
الحلبي ولا تزوج امة على حرة ومن تزوج امة على حرة فنكاحه باطل ولا دلالة فيه على حل ما سوى ذلك
وفائدة الخلاف اعني القولين الاولين يظهر في حل الثانية وتحريمها فعلى القول بالتحريم الا بالشرطين
تحل منهما الواحدة ويحرم الثانية لانتفاء خوف العنت وعلى القول بالكراهة من دونهما تحل الثانية على كراهية
اما الثالثة فيحرم اتفاقاً ولقائل ان يقول تحريم الثانية على القول الاول انما يظهر اذا كان الزوج قريباً
منها فاما اذا كان بعيداً بحيث لا يمكنه الوصول اليها فلا انا عرفت ذلك فاعلم ان الطول في اللغة الزيادة
والفضل والمراد به هنا الزيادة في المال وسعته بحيث يتمكن معها من نكاح الحرة بقوم بما لا بد منه
من مهرها ونفقتها ويكفي في النفقة وجود المال بالفعل او القوة كما في غلت الملك وكسب ذي الحرفة
والعنت الاثم الذي يؤدي اليه غلبة الشهوة قال في الكشاف واصل العنت انكسار العظم بعد الجبر
فاستعير لكل مشقة وضرر ولا ضرر اعظم من مواقعة المأثم وقد فسر جمع العنت بانه الزنا
وزعم الشارح وولد المص بانه مدلوله شرعاً وكذا فسر الطول شرعاً بانه مهر الزوجة ونفقتها ووجودها
وليس بجيد لان ارادة هذا المعنى في الآية لا يقتضي النقل فان ذلك بعض استعمالات اللفظ فيتحقق

العرف

العنت بقوة الشهوة وضعف التقوى وينبغي ان يكون خوف الضرر الشديد مع قوة التقوى ايضا كذلك
ويقبل قوله في ذلك الا ان يعلم كذبه ولا يبطل النكاح بتجدد زوال الشرطين ولم يذكر في الشرط عدم التمكن من
ملك اليمين وكانه لم ينظر اليه شرعا في النكاح بالعقد وسياتي في كلام المص في نكاح الاماء تحقيق ذلك كله
اما الاول فمن طلق حرة ثلث طلقات يتخللها رجعتان حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره وان كان المطلق
عبدا اجمع علماء الاسلام على ان الحر اذا طلق زوجته الحرة ثلث طلقات بينهما رجعتان حرمت عليه حتى
تنكح زوجا غيره في نكاح واحد او اكثر في مجلس واحد او اكثر قبل الدخول او بعده ولا بد ان يدخل بها
الزوج الثاني ويفارقها بطلاق او غيره وتنقضي عدتها قال تع فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره والمراد الطلقة الثالثة وروى ابو بصير عن الصادق ع عن المراة التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا
وهي التي تطلق ثم تراجع ثم تطلق ثم تراجع ثم تطلق الثالثة فهي التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا
غيره ويذوق عسيلتها هذا حكم الحر بالنسبة الى الزوجة الحرة فاما حكمه بالنسبة الى الامة وحكم العبد فقد اطبق
الاصحاب على ان الاعتبار في الطلاق بحال الزوجة فان كانت حرة لم تحرم الا بتطليقات ثلث وان كان الز صح
عبدا وان كانت امة حرمت بطلقتين بينهما رجعة الى ان تنكح زوجا غيره وان كان الزوج حرا
والعامة جعلوا الاعتبار بالزوج فان كان حرا اعتبر الطلاق ثلثا وان كانت الزوجة امة وان كان
عبدا ثبت التحريم بعد طلقتين وان كانت زوجته حرة روى محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع قال طلاق
المراة اذا كانت تحت مملوك ثلث تطليقات واذا كانت مملوكة تحت حر فتطليقتين وروى الحلبي عن
الصادق ع قال طلاق الحرة اذا كانت تحت العبد ثلث تطليقات وطلاق الامة اذا كانت تحت الحر
تطليقتان   واما الثاني فالحر اذا تزوج دائما اربعا حرائر حرم عليه ما زاد غبطة حتى تموت واحدة حلاه
منهن او يطلقها باينا حلت في الحال على كراهية   اجمع اهل الاسلام على انه يجوز للحر ان يتزوج ٩
بالعقد الدائم اربع حرائر ولا يجوز له الزيادة عليهن غبطة اي دواما يقال اغبطت السماء اي دام ٥
مطرها ذكره في القاموس والاصل في ذلك قوله تع فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع
والواو للتخيير لا للجمع والا لجاز نكاح ثماني عشرة لان معنى قوله مثنى اثنتين اثنتين وكذا قوله ثلث
معناه ثلثا ثلثا وقوله رباع معنى اربعا اربعا وروى العامة ان غيلان ابن مسلمة الثقفي اسلم وتحته
عشر نسوة فقال له النبي ص امسك اربعا وفارق سائرهن ومن طريق الاصحاب ما رواه زرارة بن
اعين او محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق ع قال لا يجمع ماءه في خمس وفي الحسن عن جميل بن دراج
عن الصادق ع في رجل تزوج خمسا في عقد واحد يخلي سبيل ايتهن شاء ويمسك الاربع ويحكى عن بعض

الزيدية جواز العقد على تسع وهم القاسمية قال الشيخ رحمه الله تع هذه حكاية الفقهاء عنهم وما احد
احدا من الزيدية يعرف بذلك بل انكروها اصلا اذا عرفت ذلك فاعلم انه متى طلق واحدة من الاربع باينا
او فسخ نكاحها بسبب من الاسباب الموجبة للفسخ حلت له الخامسة في الحال لانقطاع العصمة بذلك كك
وصيرورتها كالاجنبية ولهذا يجوز لمن طلق زوجته باينا ان ينكح اختها في العدة وهو مروي عن
الصادق عم وما رواه زرارة في الصحيح عن الصادق عم انه قال اذا جمع الرجل اربعا فطلق احداهن
فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المراة التي طلق وقال لا يجمع ماءه في خمس محمول على الطلاق
الرجعي لان الطلاق البائن لا يبقى معه جمع الماء في خمس وان بقيت العدة لانها بالخروج من
عصمة النكاح كالاجنبية او ان ذلك على جهة الافضل ثم يكره العقد على الخامسة ما دامت المطلقة
باينا في العدة لتحرمها بحرمة النكاح وللرواية المذكورة ومن هنا يعلم ان ذا الثلث لو وطي امة بعقد
بشبهة حل العقد على اخرى في عدتها لانتفاء الزوجية ولو تزوج اثنتين دفعة تخير وقيل
بطل اي لو تزوج ذو الاربع اثنتين دفعة اي في عقد واحد بان كانتا موكلتين او وكلتا واحدا فعقد
عليهما معا او في عقدين في زمان واحد بان يجري العقد معه ومع وكيله ح اي حين اذ طلق وا حلة
من الاربع باينا فللاصحاب قولان احدهما انه يتخير من شاء منهما فيمسكها ويخلي سبيل الاخرى اختاره
الشيخ في النهاية وابن البراج وهو قول ابن الجنيد لوجود المقتضي لصحة العقد فيمن يختارها وهي
كونها محللة وانتفاء المانع اذ ليس الا انضمام العقد على الاخرى اليه وهو لا يصلح للمانعية فان
ضمه المحرم الى المباح لا يقتضي تحريم المباح كما لو عقد على محرمة ومحللة ولانه لو عقد على اختين دفعة
تخير فكذا هنا اما الاولى فلما رواه جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما عليهما السلم في رجل
تزوج اختين في عقد واحد قال هو بالخيار ان يمسك ايتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى واما الثانية
فللاتفاق على عدم الفرق بينهما لانه لو عقد على خمس دفعة تخير اربعا فكذا هنا اما الاولى فلحسنة
جميل بن دراج عن الصادق عليه السلم في رجل تزوج خمسا في عقد قال يخلي سبيل ايتهن شاء ويمسك
الاربع واما الثانية فللاتفاق على عدم الفرق بينهما والثاني بطلان العقد وهو قول ابن ادريس وابن
حمزة لان العقد عليهما معا لا يجوز قطعا ولا على واحدة بعينها لان نسبة العقد اليهما على حد سواء
وكل واحدة منهما ممنوع من نكاحها مع الاخرى فتعين البطلان ويمكن الجواب عن حجة الاولين اما
عن الاولى فلان المانعية انما نشات عن ضميمة كل منهما الى الاخرى ولولا ذلك لم يكن للتحريم مقتضى
وليس ذلك كالعقد على المحرمة والمحللة لان التحريم ثابت بدون العقد فيكون العقد بالنسبة الى المحرمة

فاسدا

فاسدًا ولا وجه لفساده بالنسبة الى الاخرى ومنشأ المنع من العقد على الاثنتين فيما نحن فيه هو صيرورة
احدهما اخت الاخرى وهو معنى مشترك بينهما لا اولوية لاحدهما فيه على الاخرى فيكون كل منهما ممنوعًا
من العقد عليها على هذا الوجه وقول المص في المختلف ان العقد على الاثنتين معًا مثل العقد على المحرمة
والمحللة ليس بشيء اذ لا فرق الا الاطلاق والتعيين ولا اثر له في التحريم اذ في التعيين تحرم المعينة ويبطل العقد
عليها ويحل العقد على الاخرى وفي الاطلاق على واحدة مطلقة وتحرم اخرى مطلقة وقد عقد عليهما
معًا فيبطل خلاف في العقد اذ لا وجود للكلي الا في جزئياته بمحله محصلة يقتضي تعلق العقد بعينه معينة
ثم تعينها هو باختياره وفيه نظر لان المعقود عليها لا بد من تعينها ولا يجوز العقد على احدى المرأتين
واما الروايتان فلا دلالة فيهما على ان الامساك بالعقد الاول لان من جدد العقد صدق انه ممسك وبه
اجاب المص في التذكرة والاصح البطلان ولو تزوج الحرة في عقد وثلثا في عقد واشتبه السابق
صح نكاح الواحدة على الثاني هذا فرع على الخلاف في المسألة السابقة وتقريره انه لو عقد الحر على حرة
عقدًا دائمًا وعلى اثنتين عقدًا آخر وعلى ثلث عقدًا آخر واشتبه السابق من العقود فان قلنا في
المسألة السابقة وهي ما اذا عقد ذو الثلث على اثنتين دفعة ببطلان العقد عليهما وهو الاصح والقول
الثاني صح نكاح الواحدة خاصة وينتفي الاشتباه في العقدين الاخرين فاسد فهي اما ثالثة او رابعة
واما العقدان الاخران فايهما تأخر عن الاخرى تحقق حصول الزيادة على النصاب به فكان باطلا فيكون
الاشتباه في الاثنتين والثلث ثابتًا وقد علم حكم الاشتباه مما مضى هذا حكم الفرع بناء على القول الثاني في
المسألة السابقة واما على القول الاول وهو التخيير فلم يتعرض المص لبيان الحكم هنا وتحقيقه ان نكاح ح
واحدة من الثلث صحيح على كل تقدير من التقادير الممكنة لانه ان تقدم عقد الثلث صح نكاح
الجميع وكذا ان وقع بعد عقد الاثنتين صح نكاح اثنتين من الثلث ولو وقع بعد عقد الواحدة
والاثنتين صح نكاح واحدة من الثلث فنكاح واحدة على كل تقدير صحيح والاشتباه في كونها
بالتخيير او لا فاذا اختار واحدة منهن بقي الاشتباه في اثنتين باعتبار صحة نكاحهما وفساده
وصحة نكاح واحدة وفساد نكاح الاخرى فيتخير واما عقد الواحدة فالاشتباه في صحته جزمًا
ان تقدم او كان بعد عقد الثلث او بعد عقد الاثنتين وفساده جزمًا ان وقع بعد العقدين
وعقد الاثنتين الاشتباه في صحته جزمًا فيهما وذلك ان تقدم او كان بعد عقد الواحدة وفساده
كذلك فيهما اذا تأخر عن العقدين الاخرين وصحته في واحدة وفساده في الاخرى فيتخير وذلك
اذا وقع بعد عقد الثلث وقبل عقد الواحدة والحاصل انه لا تخيير في تعيين واحدة من الثلث

اللواتي في عقده والحسن البواقي منهن ثلث نكاحهن صحيح لازم واثنتان نكاحهما باطل وقد يقع الاشتبا
فتجري احكامه السالفة اذا عرفت ذلك فعلى القول الاول حقوق الزوجية ثابتة للمنفردة قطعا لصحة
نكاحها ولها ربع الربع او ربع الثمن باعتبار وجود الولد وعدمه والتفاوت بين الربع والثلث
وهو نصف سدس يكون موقوفا بين المنفردة والثلث لاحق للاثنتين فيه لامكان صحة عقدهما بسبقه
على عقد الثلث فيكون الربع او الثمن بين الواحدة والاثنتين ويبقى ثلثا الربع او الثمن موقوفين
بين الاثنتين والثلث لاحق للواحدة فيهما فان تبين الحال او قلنا بالقرعة فلا بحث وان افضى الحال
الى الصلح اعتبر فيه رضى من يحتمل استحقاقه فلا يعتبر رضى الاثنتين في نصف السدس ولا رضى الواحدة
في الثلثين وعلى القول بالتخيير ربع نصيب الزوجية لمن يختارها من الثلث وثلثة ارباعه موقوف
بين الكل الى ان يتبين الحال بالتذكر او القرعة او يجري الصلح ويحل له بملك اليمين والمتعة ما شاء
مع الاربع وبدونهن اجمع علماء الاسلام على انه يجوز للرجل ان ينكح بملك اليمين ما شاء من غير
حصر في عدد والاصل فيه عموم قوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم واطبق القائلون باباحة
نكاح المتعة على انه يجوز للرجل ان يتمتع باكثر من اربع حرائر عموم قوله تعالى فما استمتعتم به منهن
فاتوهن اجورهن وما رواه زرارة بن اعين في الصحيح قال قلت ما يحل من المتعة قال كم شئت
وسال ابو بصير الصادق ع عن المتعة اهي من الاربع قال تزوج منهن الفا فانهن مستاجرات وعن
محمد بن مسلم عن الباقر ع في المتعة قال ليست من الاربعة لانها لا تطلق ولا ترث وانما هي مستاجرة
وقال عدتها خمس واربعون ليلة ويكره الزيادة فيهن على الاربع حملا على الدائم ولرواية عمار الساباطي
عن الصادق ع في المتعة قال هي احدى الاربع ونزلت على الاستحباب جمعا بينها وبين ما سلف وصحيحة
احمد بن محمد ابن ابي نصر عن الرضا ع قال قال ابو جعفر ع اجعلوهن من الاربع فقال له صفوان
بن يحيى على الاحتياط قال نعم قوله ولا يحل له من الاماء بالعقد الدائم اكثر من اثنتين من جملة الاربع
ولا يحل له ثلث اماء وان لم يكن معه حرة ولا امتان مع ثلث حرائر اجمع الاصحاب على انه لا يحل
للرجل الحر من الاماء بالعقد الدائم اكثر من اثنتين وهما من جملة الاربع فيحل له حرتان وامتان ولا يحل
اربع اماء ولا ثلث مع حرة وبدونها ولا امتان مع ثلث حرائر وهذا انما هو على القول بجواز نكاح
الامة اختيارا اما عند من يعتبر الشرطين فلا يجوز نكاح الثانية لفقد الشرط وقد سبق ذكره في
كلام المص وذكرنا ما يرد عليه هناك وهنا مباحث لا فرق في الامة بين القنة والمدبرة والمكاتبة المشروطة
والمطلقة التي لم تؤد شيئا وفيمن تحرر بعضها اشكال ينشأ من عدم صدق اسم الحرة والامة عليها والاقرب

فقال لا ولا من السبعين وعن زرارة عن الصادق ع قال ذكرت له المتعة اهي من الاربع ع

التحريم نظرا الى ما فيهما من الرقية وتغليبا لجانب الحرمة وسياتي في كلام المص يجوز للحر ان ينكح من الاماء
بالمتعة والتحليل ما شاء من غير حصر وبه صرح المص في التحرير والظاهر انه لا خلاف في ذلك ولو كان
عنده حرة فهل يعتبر رضاها في ذلك الظاهر نعم عملا باطلاق الاخبار لا ريب ان الامتين اللتين يجوز
للحر نكاحهما دواما من جملة الاربع للاطباق على انه لا يجوز نكاح ما زاد على اربع دواما وقول المص ولا
يحل له ثلث اماء الخ قد يقال انه تكرار لانه قد سبق في كلام المص قبل الفصل انه لا خلاف في تحريم
الثالثة ويمكن دفعه بان الغرض هنا حصر جميع الصور فيكون تفصيلا بعد الاجمال   واما
العبد فيحرم عليه بالدائم اكثر من حرتين ويحل له حرتان او اربع اماء او حرة وامتان وله ان يعقد متعة
ما شاء من العدد وبدونه وكذا بملك اليمين اطبق علماؤنا على ان العبد يجوز له ان ينكح بالدائم حرتين
او اربع اماء او حرة وامتين وليس له ان يعقد على حرتين وامة ولا على ثلث اماء وحرة لان الحرة في
حقه بمنزلة امتين ولان العبد انقص من الحر فلا يليق مساواته له في العدة من الحراير والامة
انقص من الحرة فلم يمتنع ان يجوز له اربع اماء وقد روى محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عم قال سا لتة
عن المملوك يتزوج اربع حراير قال لا يتزوج الا حرتين ان شاء او اربع اماء وكذا في روايات
اخر وله ان يعقد ما شاء متعة على الحراير والاماء كالحر وكذا التحليل سواء كان عنده العدد الذي
يجوز له دواما ام لا وكذا القول في ملك اليمين   ولو تجاوز العدد في عقد واحد ففي التخيير او بطلان
العقد اشكال كالحر منشاء الاشكال النظر الى دليل كل من القولين فيما اذا تجاوز الحر العدد في
عقد فانه قائم هنا والعقد ان اذا اقترنا كالعقد الواحد والاصح البطلان على ما سلف   والمعتق
بعضها كالامة في حق الحر وكالحرة في حق العبد في عدد الموطوءات اما في عدد الطلاق فكالامة معهما
لما كانت المعتق بعضها قد اشتملت على الرقية والحرية كانت بالاضافة الى الحر كالامة لما فيها من الرقية
فان التحريم على الوجه المعين داير مع الرقية وبالاضافة الى العبد كالحرة نظرا الى ما فيها من الحرية
هذا في عدد الموطوءات تغليبا لجانب الاحتياط في حق كل منهما اما في عدد الطلاق فانها كالامة معهما
تحرم بتطليقتين لما فيها من الرقية فيجب ان يوفر عليها حكمها   والمعتق بعضه كالحر في حق الامة
او كالعبد في حق الحراير تقريبه معلوم مما سلف لانه قد جمع بين الحرية والرقية معا فوجب ان يوفر على كل
حكم وان تغلب جانب الاحتياط ويمكن ان يكون السر في توحيد المص الامة وجمع الحراير ان الحر
قد اختلف في جواز الامة الواحدة له اختيارا فالمنع على بعض الاراء متعلق بالواحدة في حقه واما ما
العبد فلانه لا منع من الحرة ولا من الحرتين انما المنع مما زاد   الاول في اصناف الكفار وهم ثلثة امن له

كتاب وهم اليهود والنصارى اما السامرة فقيل انهم من اليهود والصابئون من النصارى والاصل انهم ان
كانوا يخالفون القبيلتين في فروع الدين فهم منهم وان خالفوهم في اصله فهم ملحدة لهم حكم الحربيين ولا اعتبار
بغيرهما من كصحف ابراهيم وزبور داود عليهما السلام لانها مواعظ لا احكام فيها فليست معجزة من
جملة موانع النكاح الكفر واصناف الكفار بالنسبة الى جواز النكاح وعدمه ثلثة اصناف اهل الكتاب
حقيقة وهم اليهود والنصارى بغير خلاف بين اهل الاسلام وقد اختلف في السامرة والصابئين فقيل
ان السامرة طائفة من اليهود والصابئين طائفة من النصارى قال الشيخ رحمه الله والصحيح في الصابئة
انهم غير النصارى لانهم يعبدون الكواكب ويقال ان الصابئين فرقتان فرقة توافق النصارى في اصول
الدين واخرى تخالفهم فتعبد الكواكب السبعة وتضيف الآثار اليها وتنفي الصانع المختار وكلام
المفيد يقرب من هذا لانه قال ان جمهور الصابئين يوحد الصانع في الازل ومنهم من يجعل معه هيولى
في القدم صنع منها العالم فكانت عندهم الاصل ويعتقدون في الفلك وما فيه الحياة والنطق وانه المد بر
لما في هذا العالم والدال عليه وعظموا الكواكب وعبدوها من دون الله وسماها بعضهم ملائكة وجعلها
بعضهم الهة وبنوا لها بيوتا للعبادات قال وهؤلاء على طريق القياس الى مشركي العرب وعباد الاوثا ن
اقرب من المجوس وتحرير البحث ان المفهوم من كلام بعض المحققين انه لا كلام في ان السامرة تعد
من اليهود والصابئين يعدون من النصارى وانما الكلام والنزاع في انهم منهم باعتبار حل المناكحة فان
ثبت حل مناكحتهم فهم منهم والا فهم ملحقون بغيرهم ممن لا تحل مناكحته وان كانوا يعدون من
القبيلتين وعبارة المص تعطي هذا المعنى لان اللائح من قوله والاصل انهم ان كانوا يخالفون القبيلتين
الخ بيان تنزيل القولين في ان الطائفتين من القبيلتين المذكورتين اولا فكانه يريد ان هاتين الطا يفتين
من اليهود والنصارى ومنشأ اختلاف القولين في انهم منهم اولا انما هو كونهم مبتدعة بالاضافة اليهم
او ملاحدة وذلك لانهم ان كان مخالفتهم لهم انما هي في الفروع فهم مبتدعة لا يخرجون بذلك عن كونهم منهم
وتلحقهم احكامهم وان كانت المخالفة في الاصول فهم ملاحدة خارجون عنهم وان عدوا منهم فلا تلحقهم
احكامهم فعلى هذا لا يكون المراد من قول المص اما السامرة فقيل انهم من اليهود والصابئون من النصارى
ظاهره بل ما يدل عليه باقي كلامه وهو ما حققناه وكلام المفيد والشيخ وان كان المتبادر منه انهم ليسوا
منهم يحتمل ان يريد به ما قلناه اذ ليس في كلامهما ما يدل على انهم لا يعدون منهم فيحتمل ان يريد بكونهم
غيرهم لحوقهم في احكامهم والحاصل من كلام المص التوقف في حل مناكحة كل من الطائفتين الى ان
تبين الحال في ذلك وان الاختلاف انما هو في حال السامرة والصابئين لا في حكمهم فانهم على تقدير المخالفة

في الاصول

في الاصول لاشك في تحريم نكاحهم وعلى تقدير المخالفة في الفروع لهم حكم اهل الكتاب اذا تقرر ذلك فباي طريق
يعلم حالهم في المخالفة لاريب ان التواتر وشهادة عدلين طريق الى ذلك وكذا الشياع وهل يكفي قولهم يحتمل عدمه
ذلك لان اعتقاد المكلف انما يعلم من قبله واعلم ان المشار اليه بهذين في قول المص ولا اعتبار بغير هذين
هي التوراة والانجيل كصحف شيث وادريس وصحف ابراهيم وزبور داود فلا اعتبار بها في كون المنتمي
اليها اهل الكتاب واختلف في سبب ذلك فقيل انها لم تنزل عليهم بنظم تدرس وتتلى وانما اوحى الله معانيها
وقيل انها حكم ومواعظ واداب وليس فيها احكام وشرائع وقيل انها كانت وحيا كما اخبر النبي ص
باشياء من الوحي ومحصل القول انه لم يثبت لغير اليهود والنصارى حرمة اهل الكتاب فيتمسك فيهم بعموم
المنع من مناكحة الكفار ووجوب قتالهم الى ان يسلموا ومن انتقل الى دين اهل الكتاب بعد مبعث النبي ص ص
لم يقبل منه ولم يثبت لاولاده حرمة ولم يقروا عليه وان كان قبله وقبل التبديل قبل واقروا اولاده عليه
وثبت لهم حرمة اهل الكتاب اراد المص بهذا البحث تحقيق حال اهل الكتاب والاحوال اربعة لان
اول دخولهم في ذلك الدين اما ان يكون قبل تطرق التحريف والنسخ اليه او بعدهما او بعد التحريف وقبل
النسخ فهذه احوال ثلثة والرابع ان يشكل الامر فلا يعلم شيء من ذلك ففي الاول لاشك في قبول ذلك
الدين منهم وثبوت حرمة اهل الكتاب لهم ولاولادهم وجواز مناكحتهم عند من يجوز مناكحة اهل الكتاب
وفي الثاني ان كان دخولهم بعد بعثة نبينا ص لم يقروا عليه ولم يثبت لهم حرمة اهل الكتاب لسقوط حرمة
الدين بنسخه ووجوب دخولهم في دين الاسلام وان كان الدخول بعد مبعث عيسى ع وهو الذي اراده
المص بقوله وهل اليهود بعد مبعث عيسى ع كهي بعد مبعث النبي ص فيه اشكال ومنشاؤه انه ح قد دخل
في دين باطل في اعتقاده وفي نفس الامر فلا يقبل منه ولا يقر ولاده عليه ولعموم قوله ومن يبتغ غير الاسلام
دينا فلن يقبل منه ومن عموم النص الدال على اقرار اليهود والنصارى خرج من ذلك من كان دخوله
بعد مبعث نبينا ص فيبقى الباقي على حكمه ولانا لا نعلم كيفية نسخ شرع عيسى شريعة موسى عليهما السلام وهل
نسخت كلها او بعضها وفي القبول قوة لعموم النص الدال على الاقرار ولم يثبت من النبي تفرقة بين من
كان قد تهود قبل مبعث عيسى ع او بعده ولا تفحص عن ذلك وكون ذلك الدين ح باطلا لا يمنع من
اجرائه وان كان بينهما فان انتقل الى دين من بدله لم يقبل والا قبل هذا هو الحال الثالث وهي
ان يكون الدخول في دين اهل الكتاب والانتقال اليه بعد تبديله وتحريفه وقبل نسخه وحكمه انه ان تمسك
بالحق منه الذي ليس بمحرف فلاشك في القبول وان تمسك بالمحرف لم يقبل منه على اصح الوجهين لان ذلك
خارج عن ذلك الدين فهم كسائر الاديان الباطلة ويحتمل ضعيفا القبول لعموم النص ولان الصحابة

تزوجوا منهم ولم يبحثوا عن احوالهم وليس بشيء لانهم بنوا على الظاهر من تمسكهم بالحق منهم لا التزامهم بحيث
لم يعلم خلافه اما بعد العلم فلا   ولو اشكل هل انتقلوا قبل التبديل او بعده او دخلوا في دين من
بدله اولا فالاقرب اجراؤهم بحكم المجوس هذا هو الحكم الرابع وهو ان يشكل الامر فلا يعلم الدخول والانتقال
قبل التبديل والنسخ او بعدهما او بينهما وان التمسك بالمبدل او بغيره والاقرب عند المص في ذلك الاخذ بالاحتياط
فيجري عليهم حكم المجوس ويقرون بالجزية تغليبا لحقن الدماء ولانهم اولى بذلك من المجوس لانهم اهل
كتاب حقيقة وان لم يعلم حالهم في تمسكهم به وليس للمجوس الا شبهة كتاب وعلى هذا فعلى القول بالمنع
من نكاح المجوس يمنع من نكاحهم وبذلك حكمت الصحابة في نصارى العرب وهم بهراء وتنوخ وتغلب
ويحتمل العدم لان شرط الاقرار على اليهود والنصارى الدخول قبل النسخ والتحريف ولم يعلم والجهل بالشرط
يستلزم الجهل بالمشروط والمجوس خرجوا بالنص وفيه نظر للمنع من كون ذلك شرطا للاقرار وانما العلم
بخلافه مانع منه فالاقرب ما قربه المص   من له شبهة كتاب وهم المجوس لما لم يكن المجوس اهل كتاب
حقيقة ولم يبلغوا في الحرمة مبلغ اهل الكتاب افردهم صنفا برأسه وانما كانوا اهل كتاب لما روي عن
علي عم انه قال كان لهم كتاب فبدلوه فاصبحوا وقد اسري به ورفع عنهم وفي قول للشافعي انهم لم يكونوا
اهل كتاب البتة لقوله عم سنوا بهم سنة اهل الكتاب وهو يشعر بانهم ليسوا باهل كتاب كذا قيل ولا ريب
انه لا يدل على انهم لم يكن لهم كتاب اصلا   عن عدا هؤلاء كالذين لا يعتقدون شيئا وعباد الاوثان والشمس
والنيران وغيرهم هذا هو الصنف الثالث من اصناف الكفار وهم من لا كتاب له ولا شبهة كتاب وهم
عبدة الاوثان والنيران والشمس والنجوم والصور التي يستحسنونها كالحجر والبقر والقمر والمعطلة
والزنادقة وكل مذهب يكفر معتقده ومنهم المتمسكون بصحف شيث وادريس وابراهيم وزبور داود
فانهم ليسوا اهل كتاب لما سبق   اما الاول ففي تحريم نكاحهم على المسلم خلاف اقربه تحريم المؤبد دون
المنقطع وملك اليمين كذا الثاني واما الثالث فانه حرام بالاجماع في اصناف النكاح الثلثة   لما
ذكر اصناف الكفار الثلثة بالنسبة الى جواز النكاح وعدمه اردف ذلك احكامها وللاصحاب اختلاف في
ذلك فذهب بعضهم الى تحريم نكاح الكتابيات مطلقا وبعضهم جوز الدائم والمنقطع وملك اليمين وبعضهم
جوز المنقطع وملك اليمين ومنع الدائم وهذا هو المختار ومقرب المص واما المجوسيات فبعض من
جوز نكاح الكتابيات منع نكاحهن وبعضهم جوز وطيهن بملك اليمين دون العقد وبعضهم جوز
المتعة وملك اليمين وهو الاصح ومختار المص واما الصنف الثالث فلا خلاف بين اهل الاسلام في
تحريم نكاح نسائهم دواما ومتعة وملك يمين وقد تقدم البحث عن ذلك وذكر دلائله مستوفا

والاحق

ولا تحل المسلمة على احد من اصناف الكفار الثلثة لا خلاف بين اهل الاسلام في انه لا يجوز للمسلمة نكاح الكافر
من اي الاصناف الثلثة كان وقد ورد النص على ذلك في الكتاب والسنة وان سوغنا الدوام على الكتابية
ثبت لها حقوق الزوجية كالمسلمة الا الميراث والقسمة فان لها نصف المسلمة الحرة والحد ففي قذفها
التعزير اذا جوزنا نكاح الكتابية دواما كما هو مذهب بعض الاصحاب او اسلم زوج الكتابية عند الجميع فانها نها
تكون كالمسلمة في النفقة والمهر والطلاق والسكنى واحكام الايلاء فيطالب عند انتهاء المدة بالفراق
الطلاق او الظهار واللعان وبالجملة فعامة حقوق الزوجية لان النكاح عقد معاوضة فاستوت فيه
المسلمة والكافرة كالبيع والاجارة ولعموم دلائل تلك الحقوق الشاملة للكافرة كالمسلمة لكن يستثنى من ذلك
الميراث فانها لا ترث الزوج بل يرثها هو لان الكافر لا يرث المسلم ويرثه المسلم عندنا على ما سياتي ان شاء الله
تعالى واذا مات الزوج المسلم لم يكن للكافرة تغسيله عندنا لاطباقنا على ان المسلم لا يغسله الا مسلم وكذا يستثنى
القسمة فان الكافرة وان استحقتها في الجملة الا انها انما تستحق نصف المسلمة الحرة وكذا يستثنى الحد فان
قاذفها انما يوجب التعزير خاصة وكذا القول في القصاص وهذان ليسا من حقوق الزوجية وكذا
يستثنى ماء الغسل ان اوجبناه للمسلمة فانه لا يجب للكافرة اذ لا يصح غسلها وكذا الحضانة فان الاب
المسلم اولى من الام الكافرة وعقد اهل الذمة ان كان صحيحا عندهم اقروا عليه والا فلا انكحة اهل الذمة مه
صحيحة وكذا طلاقهم واقع عند عامة اهل الاسلام الا مالكا فانه قال لا يصح انكحتهم ولا يقع طلاقهم وانما
يقرون عليها وليس بشيء فانه قوله تعالى وامراته حمالة الحطب وقالت امرات فرعون اطلق عليها سبحانه
كونها امراة وذلك دليل على صحة النكاح وعلى هذا فيترتب عليها احكام النكاح الصحيح من الطلاق
والظهار والايلاء ووجوب المهر والقسم والاحصان وغير ذلك ومتى ظاهر من امراته ثم اسلم فعليه
كفارة الظهار لعموم قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم وان آلى ثبت حكم الايلاء وكذا اللعان وغير
ذلك اذا عرفت ذلك فاعلم ان المعتبر في صحة نكاح الكفار كونهم صحيحا لديهم مقتضاه يقرون عليه
وان كان فاسدا عندنا اما لو كان فاسدا عندهم فانهم لا يقرون عليه لاعتقادهم انه ليس نكاحا لكن يجب ان
يستثنى من هذا ما اذا كان فاسدا عندهم صحيحا عندنا فانهم يقرون عليه قطعا وسياتي عن قريب
ان شاء الله تعالى استثناء ذلك في كلام المص وتحقيق الكلام في انكحتهم وكذا اهل الحرب الا في شيء واحد
وهو ان الحربي اذا قهر امراة من الحربيات واسلم اقر عليها ان كان يعتقد ذلك نكاحا ولو قهر الذمي
ذمية لم يقر عليها بعد الاسلام لكن على الامام الذب عنهم ودفع من قهرهم اي وكذا عقد اهل الحرب
ان كان صحيحا عندهم اقروا عليه هكذا مقتضى التشبيه الا انه لا يحسن موقع الاستثناء ح وقد كان الا حسن

ان يبدأ باهل الحرب ثم يشبه بهم اهل الذمة في ذلك ليصير الاستثناء محتاجا اليه والحاصل ان نكاح اهل
الحرب واهل الذمة سواء ان اعتقدوه صحيحا حكم بصحته عندنا واقروا عليه وان اعتقدوا فساده فهي فا سل
لا يقرون عليه بعد الاسلام وكذا قبله لو ترافعوا الينا الا اذا اعتقدوا فساده وكان صحيحا عندنا فانهم يقرون
عليه كما سياتي ولا يستثنى من هذه المساوات الا مسئلة واحدة وهي ما اذا اعتقد الكافر قهر المراة نكاحا
فانه اذا قهرها على جهة النكاح ثم اسلم او ترافعا الينا فان المراة ان كانت حربية حكم بصحة ذلك النكاح
كغيره من الانكحة التي لا تطابق الوجوه المعتبرة في النكاح وان كانت ذمية لم يحكم بصحته ولم يقر عليه لان
اهل الذمة يجب على الامام الذب عنهم ودفع القهر عنهم ومتى وجب في شرع الاسلام دفع هذا القهر
امتنع الاقرار عليه والحكم بصحته واستدامته وهنا مباحث قوله الحربي اذا قهر امراة من الحربيات
ذكر الحربي غير محتاج اليه بل الاولى تركه فان الذمي لو قهر الحربية معتقدا ان ذلك هو النكاح كان نكاحا
لو قهرها الحربي بغير فرق لا بد من اعتقاده كون القهر نكاحا ان يكون الغرض به النكاح فلو قهر ها
على قصد الاسترقاق تملكها ثم اسلم او ترافعا الينا لم يحكم بالنكاح والعبارة خالية من ذلك قوله
ولو قهر الذمي ذمية ذكر الذمي غير محتاج اليه ايضا فان الحربي لو قهر ذمية ثم اسلم او رفع الامر
الينا كان الحكم واحدا في وجوب المنع وقد يقال قوله لم يقر عليها بعد الاسلام غير كاف في بيان حكم المسئلة
بل كان ينبغي ان يقول لم يقر عليها بعد الاسلام وقبله ويمكن دفعه بان التعليل بقوله لان على الاما م
الذب عنهم مشعر بذلك فاغنى عن التصريح به ولو نكح الكتابي وثنية وبالعكس ثم فسخ النكاح ه
والاقرب الحاق الولد باشرفهما كالمسلمين اذا نكح الكتابي وثنية او نكاح الوثني كتابية كان النكاح
صحيحا كغيره من انكحة الكفار لان الكفاءة حاصلة ونكاح الكفر محكوم بصحته كما سبق فلا مانع من
الحكم بالصحة وعدول المص عن التعبير بصحة النكاح الى قوله ثم فسخ النكاح ليس لانه لا يرى صحته اذ لو
لم يكن صحيحا لكان مفسوخا وانما تفنن في العبارة فعلى هذا باي الطرفين يلحق الولد بالكتابي ام بالوثني
فيه وجهان اقربهما عند المص الاول وذلك لانه قد ثبت شرعا ان الولد يتبع اشرف الطرفين فاذا
كان احدهما حرا او مسلما والاخر رقيقا او كافرا يتبع الحر والمسلم دون الاخر وكذا هنا لان الكتابي اشرف
من الوثني لانه يقر بالجزية ويجوز مناكحته بخلاف الوثني فان قيل اشرف افعل التفضيل فيلزم ان تكون
لكل من الدينين شرف لانها تقتضي الاشتراك في المطلق وزيادة احدهما على الاخر قلنا ليس بلازم كما
في قوله تعالى اصحاب الجنة يومئذ خير وقوله تعالى افمن يمشي مكبا على وجهه الاية ويحتمل العدم وهو الوجه
الثاني فلا يحل المناكحة تغليبا للتحريم كالمتولد بين الماكول وغيره وفرق بعضهم بان الاسلام يعلو ويغلب

سا

سائر الاديان وسائر الاديان متساوية ولا تغلب بعضها بعضاً ومن ثم هنا ان الكفر ملة واحدة وعلى هذا
هل يفرق بين ما اذا كان الولد صغيراً وما اذا بلغ وتدين بدين الكتابي من ابويه ذهب بعض العامة
الى الفرق فتجوز المناكحة على التقدير الثاني وينبغي عدم الفرق لان تدين الولد لا اعتبار به من دون
اللحاق وما قربه المص اقرب لان الكفر وان كان ملة واحدة الا انه لا ريب في ثبوت المزية والشرف لبعض
على بعض ولهذا تجوز مناكحة البعض ويقرون على دينهم دون البعض الآخر وهنا مباحث على الاحتمال ل
الثاني وهو عدم الالحاق بالاشرف لو بلغ واعتقد دين الكتابي من ابويه فهل يقر بالجزية صرح المص في
التذكرة بذلك وهو اصح وجهي الشافعي تغليباً لحقن الدماء في النكاح للاحتياط لو تولد بين يهودي
ومجوسي وقلنا ان الولد يتبع الاشرف فاذا بلغ واختار التمجس فهل يمكن منه يحتمل ذلك لانتفاء المانع
ولم يصرح المص في التذكرة بشيء بنى الشارح الفاضل ولد المص الاقرب على ان الكفر ليس ملة واحدة
وليس بواضح لان كونه ملة واحدة لا يمنع من اشرفية بعض الكفار على بعض باعتبار الاعتقاد واذا
تحاكم اهل الذمة الينا تخير الامام بين الحكم بينهم وبين ردهم الى ملتهم ان اتفق غريمان في الدين وكذا ان اختلفا
على اشكال فان قلنا بالرد احتمل الى من يختاره المدعي او الحاكم او الناسخ لموافقة راي الحاكم في بطلانه
المنسوخ ذكر ضابطاً في نكاح الكفار باعتبار تقريرهم عليه اذا اسلموا او تحاكموا الينا اشار الى بيان حكم
تحاكمهم الينا وجملة القول في ذلك ان اهل الذمة اذا تحاكموا الينا في حقوق الادميين فاما ان يتفق الغريمان
في الدين او يختلفا فيه فان اتفقا تخير الامام بين الحكم بينهم وبين ردهم الى ملتهم عند الاكثر لقوله تع فان
جاؤوك فاحكم بينهم او اعرض عنهم والمراد بالاعراض عنهم والله اعلم ردهم الى حكم ملتهم لانه لا يجبرهم
على النزاع المنجر الى الفتنة. وقيل يوجب الحكم بينهم وان هذه الآية منسوخة بقوله تع احكم بينهم بما انزل
الله ولان على الامام دفع الظلم عنهم وردهم الى ملتهم يتضمن الظلم والحق ان الآية محكمة والظلم الذي يجب
دفعه عنهم هو ما عدا ظلم دينهم لانهم يقرون عليه ويعتقدونه حقاً وان اختلف الغريمان في الدين
فكذلك يتخير الامام بين الحكم والاعراض على اشكال ينشأ من عموم الآية الشاملة للمتفقين في الدين
والمختلفين ولا مخصص لهذا العموم في الكتاب والسنة ومن ان الاعراض هنا يستلزم الرد الى ملة
احد الخصمين ويلزم منه محذورات احدها الظلم فان الحكم على الآخر بغير حكم الاسلام وما التزمه من
دينه الذي يقر عليه ظلم قطعاً يجب على الامام ازالته بمقتضى الذمة وبمقتضى قوله تع وان احكم بينهم بما
انزل الله الثاني الخروج عن مقتضى عقد الذمة لان الذي تراضينا واياهم عليه تقريرهم على دينهم
واجراء احكام الاسلام عليهم والرد الى احدى الملتين خروج عن ذلك بالنسبة الى الخصم الآخر الثالث

كهم

ان الاعراض لو جاز لزم احد الامور الثلثة الاتية وهي اما الرد الى من يختاره المدعي او الحاكم او النسخ
واللازم باقسامه محذور باطل بيان الملازمة انحصار الامر على تقدير الرد في الامور الثلثة بالاستقراء
وجه الاول ان تعيين الحاكم المدعي وجه الثاني ان الحاكم هو المامور بالحكم او الرد فاليه التعيين وجه
الثالث ما ذكره المص من قوله لو افق رايه راي الحاكم في بطلان المنسوخ وبيان بطلان اللازم ان تعيين
المدعي لغيره من يجري حكمه لا اثر له ولا يجوز للحاكم تعيين من حكمه ظلم لا يلتزمه الخصم والملتان باطلتان
لنسخهما فهما سواء في ذلك والاصح وجوب الحكم هنا وهذا كله في حقوق الادميين اما حقوق الله تع
فسيأتي حكمها ان شاء الله تع في الحدود   ولو تحاكم المستامنان فكذلك   اي تخير الحاكم بين الحكم والرد
مع اتفاق الدين ومع الاختلاف الاشكال لكن قد يقال هنا ان المستامن لا يجب دفع الظلم عنه فلا
يجب الحكم بينهما بحال اما اذا ترافع ذمي ومستامن فان وجوب الحكم هنا متجه كالمسلم والمستامن
ولو ارتفع مسلم وذمي او مستامن وجب الحكم بينهما لانه لا يجوز رد المسلم الى غير ملة الاسلام ولا الاعراض
عن الحكم بينه وبين خصمه لو كان مسلما فكيف اذا كان ذميا او مستامنا قوله وكل موضع يجب الحكم لو استعدى
الخصم اعداه واستنصره وقال اعدى زيد عليه نصره واعانه وقواه والمراد ان كل موضع يجب على
الحاكم الحكم على تقدير الترافع فاذا استعدى الخصم الحاكم على خصمه على تقدير عدم الترافع طالبا احضاره
للحكم وجب على الحاكم اجابته   واذا ارادوا ابتداء العقد لم يزوجهم الحاكم الا بشروط النكاح بين المسلمين فلا
يصح على خمر وخنزير   المراد ان اهل الذمة والمستامنين اذا ارادوا انشاء العقد عند الحاكم يجب ان يزوجهم
الا بشروط النكاح بين المسلمين وان كانوا لو عقدوا فيما بينهم لم نعترض في دينهم لانه لا يجوز للحاكم العمل
بغير حكم الاسلام فلا يعقد لهم على خمر او خنزير ولا بد ان ياتي بصيغة العقد الصحيحة عندنا ولا
يعقده على الاختين لواحد وغير ذلك من الامور التي يجب في شرع الاسلام رعايتها في النكاح وكذا
سائر العقود والايقاعات   وان تزوجا ثم ترافعا فان كان قبل القبض لم يحكم بوجوبه واوجب مهر
المثل ويحتمل قويا قيمته عند مستحليه وان كان بعده برئ الزوج   اذا عقد الكافران بينهما عقد النكاح
على بعض المحرمات ففي عبارة المص حذف تقديره وان تزوجا على خمر او خنزير ثم ترافعا الينا في ذلك
النكاح فاما ان يكون ذلك الترافع قبل قبض شيء من المهر او بعد قبضه جميعه او بعد قبض البعض
فان كان بعد قبض الجميع برئ الزوج لوصول حق الزوجة اليها باعتقادهما وبمقتضى دينهما الذي
اقرا عليه وهذا هو الذي اراده المص بقوله وان كان بعده برئ الزوج وان كان قبل قبض شيء منه فلا
ريب في وجوب مهر ولا يجوز الحكم بالمسمى لامتناع ذلك في شرعنا بل يجب على الحاكم الحكم بمهر المثل لانه اذا

فمن

فسد المسمى وجب مهر المثل ويحتمل قوياً عند المصـ وجوب قيمته عند مستحليه لان المسمى لم يفسد بل صح فيما
بينهم ولزم ولهذا لو قبضته لم يجب لها غيره بل تعذر الحكم به فوجب المصير الى قيمته عند مستحليه لانها اقرب
شئ اليه ومثله ما لو جرى العقد على عين وتعذر تسليمها فانه يصار الى قيمتها لان مهر المثل قد يزيد عن قيمة
المسمى فلو حكم به الزم الزوج بزيادة عما في ذمته مع اعتراف الزوجة بعدم استحقاقها وقد ينقص فيمنع
الزوجة بعض حقها مع اعتراف الزوج بثبوته ولانه يجب الحكم بقيمة الخمر المحترمة لو اتلفها متلف على
ذمي ومترافعا الينا ومثله ما لو جعلها ثمناً في البيع وكذا الصلح وغيرهما فلا مانع من الحكم بالقيمة هنا فالا صح
الاحتمال الثاني وان كان بعد قبض بعضه سقط بقدر المقبوض ووجب بنسبة الباقي من مهر
المثل او القيمة فان كان عشرة ازقاق خمر قبضت خمسة فان تساوت برئ من النصف وان اختلفت
احتمل اعتبار العدد اذ لا قيمة لها والكيل والاقرب القيمة عند مستحليه هذه هي الصورة وهي ما اذا
ترافعا الينا بعد قبض بعض المهر ويحكم بسقوط قدر ذلك المقبوض من المهر وبراءة الذمة منه
ويبقى في الذمة باقيه فيجب بنسبة الباقي من مهر المثل او القيمة بناء على الاحتمالين السابقين فينسب
ما بقي من المهر الى مجموعه ويوخذ بتلك النسبة من مهر المثل او من القيمة فاما ان يكون جنساً واحدا
او جنسين والجنس الواحد اما ان لا يكون فيه تعدد كزق خمر او يكون كزقي خمر فاما ان يتساويا في القدر
او يختلفا فان كان الجنس واحداً لا تعدد فيه فالحكم ظاهر فان المقبوض ان كان نصفه فالواجب نصف
مهر المثل او القيمة على الاحتمالين وكذا غير النصف من الاجزاء كثلث وربع وغيرهما وكذا لو كان فيه
تعدد واستوى قدر احاده كزقي خمر متساويين قدراً كيلاً ووزناً ولو اختلفا الاحاد قدراً احتمل
اعتبار العدد فيسقط عليه مهر المثل ولا ينظر الى التفاوت فاذا كان المهر عشرة ازقاق مثلاً وقد
قبضت خمسة منها وجب به نصف مهر المثل وان تفاوتت قدراً لانه لا قيمة لها ولا ما لا تعدد في القليل
منها مثل الكثير في المالية فيعتبر الجزئية بعدد احادها ويحتمل اعتبار القدر لان الجزئية الحقيقية انما
تكون باعتباره فيحتمل اعتبار الكيل لاعتباره فيما يتساوى اجزاؤه ويحتمل الوزن لانه اضبط ولو
كان الصداق خنزيرين او كلبين مثلاً فعلى اعتبار العدد لا بحث وعلى اعتبار القدر يقدر قيمتهما
بقدر ماليتهما وينسب قيمة ما بقي الى مجموع القيمتين ويوخذ من مهر المثل بتلك النسبة ولو تعدد
الجنس كزقين وثلثة خنازير احتمل اعتبار عدد الاجناس فان قبضت الخمر بقي من المهر نصفه
فيجب نصف مهر المثل ووجهه انتفاء المالية فينظر الى التعدد الجنسي ويحتمل اعتبار عدد الآ حاد
فيكون الباقي ثلثة اخماس المهر ويحتمل تقويمهما بقدر ماليتهما وحيث قلنا بالتقويم وتقدير المالية

فانما يعتبر ذلك بالخطة القيمة عند من يستحله ويعده مالا والاقرب عند المص اعتبار القيمة للمسمى عند مستحلّيه
في جميع ذلك ووجه الاقرب ان هذه لا قيمة لها عند الشارع وانما حفظت على الذمي وصححت معاملاتهم
عليها لانها اموال بزعمه وقد اقره الشارع على ذلك وضمن متلفها قيمتها بزعمه فجهة ماليتها هي هذه
لا غيرها فهي مناط تقويمها واعلم ان المص اقتصر على ذكر الكيل في النقد بها اما لانه اشيع فيما تساوت
اجزاؤه او لان ذكره يبنيه على اعتبار الوزن وقد صرح به في التذكرة وطلاق المشرك واقع فلو طلقها
ثلثا ثم اسلم لم تحل حتى تنكح زوجا غيره قد سبق بيان اعتبار طلاق المشرك وهو فرع على ان نكاحه
معتبر وقد بينا وجهه فيما سبق وعمومات الكتاب والسنة في الطلاق تتناول طلاق المشرك فعلى
هذا لو طلق زوجته ثلثا ثم اسلم حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره ولو طلق تسعا للعدة حرمت مؤبدا
الى غير ذلك من احكام الطلاق وكما يحكم بصحة نكاحه اذا كان صحيحا عندهم فكذا طلاقه واذا تحاكموا
الينا في النكاح اقر كل نكاح لو اسلموا اقروا عليه هذا مشعر بان ما سبق من قوله وعقد اهل الذمة
ان كان صحيحا عندهم اقروا عليه بعد اسلامهم والا لم يكن لذكر هذا فائدة لكن ظاهر العبارة السابقة
تتناول باطلاقه ما اذا اسلموا وما اذا تحاكموا الينا ولو طلق المسلم زوجته الذمية ثلثا ثم تزوجت ذميا
ثم طلقها حلت للاول بمتعة ودواما على راى وبشرط الاسلام على راى يتصور كون الذمية زوجة
للمسلم فيما اذا اسلم زوج الكتابية بعد ان طلقها طلقتين ثم تزوجها واسلم وطلقها على راى من يجوز
للمسلم نكاح الكتابية دواما والا ربط بعبارة الكتاب هو الفرض الاول فانه لو اريد الثاني لكان بناء على
جواز نكاح الكتابية للمسلم مطلقا ولا يحسن قوله بعد ذلك حلت للاول متعة ودواما على راى الخ
ومقصود البحث التنبيه على جواز كون الذمي محللا وتحقيقه ان المسلم اذا طلق زوجته الذمية ثلثا
ثم تزوجت ذميا ثم طلقها فانها تحل للاول متعة ودواما على قول من يجوز للمسلم نكاح الكتابية مطلقا
وعلى قول من يمنع نكاحها فانما يحل له بشرط اسلامها ومحصل ذلك ان التحريم الناشئ عن التطليق
ثلثا قد زال بنكاح الذمي لها وتطليقه اياها لان نكاح الكفر صحيح وكذا الطلاق الواقع حال الكفر
وقوله تع فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره شامل للذمي واذا زال التحريم بالتطليق
ثلثا بقي التحريم بالكفر عند من يقول به ويمكن ان يكون الراى الاول في العبارة مخصوصا بقوله ودواما ويكون
قوله حلت للاول متعة هو فتوى المص وهو احسن ولا يتوهم ان الراى في قوله حلت للاول متعة
ودواما على راى اشارة الى الخلاف في صحة تحليل الذمي بناء على ان نكاح الكفر وطلاقه غير صحيح اما
اولا فلان المخالف هنا مالك ومثل هذا الخلاف لا يتعرض اليه المص في مثل هذا الكتاب واما ثانيا فانه

لو كان

لو كان كذلك لم يكن للتعرض الى المتعة والدوام وجه لانه لا تفاوت بينهما بالنسبة الى التحليل انما التفاوت
بالنسبة الى كون الزوجة كافرة على انه لو اريد هذا لكان معنى قوله ويشترط الاسلام على راى ويشترط اسلام
الزوج المطلق حين الطلاق والمتبادر من العبارة انما هو اشتراط اسلام الزوجة لانها المحدث عنه بقوله
حلت ولانتفاء الاحتياج الى تقدير محذوف والامر واضح وههنا فائدة وهي انه اذا طلق المسلم زوجته
الذمية ثلثا ثم تزوجت ذميا وطلقها فان كان المسلم قد تزوجها في حال الكفر ثم اسلم فانها تحل له بعد
اسلامها دواما او متعة قطعا على القول بصحة النكاح الكفر وعدمه اما على الصحة فواضح واما على
العدم فان بطلان النكاح يستدعي بطلان الطلاق المبني عليه فينتفي التحريم بسببه وان كان المسلم قد تزوجها
حال اسلامه بناء على جواز نكاح الكتابية مطلقا وطلقها فانها لا تحل له بتحليل الذمي بناء على صحة نكاحهم
لا على بطلانه   ولو اسلم زوج الكتابية دونها بقي على نكاحه قبل الدخول وبعده دائما او منقطعا سواء كان
كتابيا او وثنيا مقصود هذا الفصل الانتقال من دين الى دين واقسامه ثلثة وذلك لانه اما ان يكون الانتقال
من دين باطل الى دين حق او من دين باطل الى دين باطل او من دين حق الى دين باطل وهو الارتداد
والكلام في القسم الاول اما من جهة انتقال الزوج او الزوجة فاذا اسلم الزوج والزوجة كتابية بقي النكاح
سواء كان الاسلام قبل الدخول او بعده وسواء كان النكاح دائما او منقطعا وسواء كان كتابيا او وثنيا
ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء سواء المجوزين نكاح الكتابية والمانعين والخلاف انما هو في ابتداء المسلم
نكاح الكتابية لا في استدامته ولا محذور في ذلك لان الابتداء اضعف من الاستدامة   وان
اسلمت دونه قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر ولو اسلما دفعة فلا فسخ وبعده يقف على انقضاء
العدة ان كان كتابيا فان مضت ولم يسلم فسد العقد على راى وعليه المهر اما المسمى او مهر المثل وان اسلم
فيها فالنكاح بحاله واما غير الكتابيين فانهما قبل الدخول انفسخ النكاح في نكاح الحال وان اسلما دفعة فالنكاح
بحاله والا بطل   قد سبق حكم ما اذا اسلم زوج الكتابية واما اذا اسلمت هي دونه فاما ان يكون قبل دخوله
بها او بعده فان كان قبل الدخول انفسخ النكاح قطعا لامتناع كون الكافر زوجا للمسلمة ولا مهر لان
الفرقة جاءت من قبل الزوجة فلم تستحق مهرا ولو اسلما معا قبل الدخول ثبت النكاح ولم يحصل فسخ
لانتفاء المقتضي للفسخ وان كان اسلام الزوجة دونه بعد الدخول وقف فسخ النكاح على انقضاء عدتها
عدة الطلاق من حين تجدد اسلامها فان انقضت العدة وهو على كفره تبين انها بانت منه من حين
اسلامها وان اسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح ولا فرق في ذلك بين ان يكون الزوج كتابيا او وثنيا
وانما قيد المص بقوله ان كان كتابيا ليبني عليه قوله فان مضت ولم يسلم فسد العقد على راى فان الخلاف

انما هو في الكتابي دون الوثني وتحرير البحث انه اذا اسلمت زوجة الذمي ولم يسلم حتى خرجت عدتها للاصحاب
قولان احدهما واختاره الشيخ في النهاية بقاء النكاح غير انه لا يمكن من الدخول عليها ليلا ولا من الخلوة ولا
من اخراجها من دار الهجرة الى دار الحرب ما دام قائما بشرائط الذمة واحتج على ذلك بما رواه جميل بن
دراج عن احدهما عليهما السلام في اليهودي والنصراني والمجوسي اذا اسلمت امرأته ولم يسلم قال هما على
نكاحهما ولا يفرق بينهما ولا يترك ان يخرج بها من دار الاسلام الى الهجرة وما رواه محمد بن مسلم في الحسن عن
الباقر عم قال ان اهل الكتاب وجميع من له ذمة اذا اسلم احد الزوجين فهما على نكاحهما وليس له ان يخرجها
من دار الاسلام الى غيرها ولا يبيت معها ولكنه يأتيها بالنهار واما المشركون مثل مشركي العرب وغيرهم
فهم على نكاحهم الى انقضاء العدة فان اسلم الرجل ثم اسلمت المرأة قبل انقضاء عدتها فهي امرأته وان
لم يسلم الا بعد انقضاء العدة فقد بانت منه ولا سبيل له عليها وكذلك جميع من لا ذمة له الحديث وجوابه
ان الرواية الاولى ضعيفة مرسلة والثانية معارضة بما هو اقوى منها والقول الثاني بطلان النكاح
واليه ذهب عامة الاصحاب لصحيحة محمد بن ابي نصر عن الرضا عم قال سألته عن الرجل تكون الزوجة
النصرانية فتسلم هل يحل لها ان تقيم معه قال اذا اسلمت لم يحل له قلت جعلت فداك فان اسلم الزوج بعد
ذلك ايكونان على النكاح قال لا يتزوج جديد وفي معناها رواية السكوني وهذا اصح وعليه الفتوى
واعلم ان عبارة الكتاب مشعرة بان موضع الخلاف ما اذا كان اسلام الزوجة بعد الدخول وكذا يظهر من عبارة
الشيخ في النهاية الا ان الدليل صالح لما قبل الدخول ايضا اذا عرفت ذلك فاعلم انه اذا انقضت العدة
ولم يسلم وجب المهر اما المسمى ان كان قد سمى مهرا والا فمهر المثل ولو اسلم في العدة فالنكاح بحاله واذا
كان الزوجان وثنيين فلا خلاف في انه اذا اسلم احدهما قبل الدخول انفسخ النكاح سواء كان المسلم
الزوج او الزوجة اما اذا اسلم الزوج فلانه لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابية ابتداء ولا استدامة واما
اذا اسلمت الزوجة فاظهر وان كان بعد الدخول وقف على انقضاء العدة فاذا انقضت ولم يسلم الآخر
تبين حصول البينونة من حين الاسلام وان اسلم فالنكاح بحاله ولا يخفى ان في عبارة المص مناقشة
فان قوله واما غير الكتابيين متناول لما اذا كان الزوجين كتابيا والآخر وثنيا فيندرج فيه ما اذا كانت
الزوجة كتابية فان الزوج اذا اسلم لا ينفسخ النكاح اصلا قبل الدخول وكذا بعده وكذا يندرج فيه ما
اذا كان الزوج كتابيا واسلمت الزوجة ولم يسلم فان في بقاء النكاح وفساده خلافا سبق وكل من المسألتين
مذكورة في عبارة المص ولو انه قال واما الوثنيان بدل قوله واما الكتابيين لكان اولى وان ارتد احد
الزوجين قبل الدخول فسد العقد في الحال ولا مهر ان كان من قبل المرأة والا فالنصف ويحتمل الجميع

الاكان

ان كان عن فطرة هذا هو القسم الثاني من اقسام الانتقال وهو الانتقال من الدين الحق الى الباطل وهو
الارتداد عصمنا الله منه ومن كل ما يكره وهو قد يكون عن فطرة وحكمه عدم قبول توبته ان كان رجلا بل يقتل
ويخرج امواله عنه بنفس الارتداد وتبين منه زوجته وتعتد عدة الوفاة وقد يكون عن ملة وحكمه ان يستتاب
فان تاب ورجع قبل رجوعه ولا يخرج امواله عنه بل يحجر عليه في ماله وينتظر منكوحته المدخول بها العدة
اذا تقرر ذلك فاعلم انه متى ارتد احد الزوجين قبل الدخول فسد العقد في الحال عند عامة اهل العلم الا
داود الظاهري ثم ان كان المرتد هي الزوجة فلا شي لها لانه فسخ جاء من قبلها قبل الدخول وان كان ن
هو الرجل فعليه نصف المسمى ان كان صحيحا لان الفسخ من جهته فاشبه الطلاق وان كانت التسمية فاسدة
فنصف مهر المثل وان لم يكن سمى شيئا فالمتعة ويحتمل وجوب جميع المهر وقيده المص بما اذا كان الارتداد د
عن فطرة ولا وجه له لانه قد سبق في غير موضع في كلام المص كما احتمال وجوب جميع المهر بعروض الفسخ
من قبل الرجل او لا من قبل واحد من الزوجين لان المهر يجب جميعه بالعقد على اصح القولين ولم
يثبت تشطيره الا بالطلاق فيبقى وجوب جميعه ثابتا في غير الطلاق اذ الحمل عليه قياس لكن لو حمل
الفسخ هنا على الطلاق لم يثبت التنصيف الا في الردة التي ليست عن فطرة لان الردة عن فطرة
كالموت في احكامه وسيأتي انشاء الله تع ان الموت يوجب تقرر جميع المهر وبعده يقف على
انقضاء العدة ويثبت المهر بينهما كان الارتداد الا ان يكون الارتداد من الزوج عن فطرة فان النكاح ح
يبطل في الحال وان كان قد دخل ويجب المهر اي ان كان الارتداد بعد الدخول وقف امر الحكم على ه
انقضاء العدة ان كان الارتداد من الزوجة مطلقا او من الزوج عن غير فطرة فان اجتمعا على الا سلام
قبل انقضائها كانا على النكاح وان لم يجتمعا حتى انقضت تبينا ان العقد انفسخ من حين الارتداد
بغير خلاف في ذلك عندنا وعند اكثر العامة وجمع منهم حكموا بالفسخ في الحال قبل الدخول وبعده ولو
كان الارتداد من الزوج عن فطرة بعد الدخول بطل النكاح في الحال واعتدت عدة الوفاة كما في الارتداد د
عن فطرة ام لا وسواء كان من الزوج ام الزوجة لان الدخول يوجب استقرار جميع المهر على ما سياتي
انشاء الله تع وهنا فائدة وهي ان قوله الا ان يكون الارتداد من الزوج الخ استثناء من قوله ويثبت المهر
لفساده على هذا التقدير ولما خشي ان يتوهم ذلك متوهم صرح بوجوب المهر في هذا القسم الاخير
بقوله ويجب المهر ولو انتقلت الذمية الى ما لا يقر اهله عليه فان قبل الدخول فسد وبعده
يقف على الانقضاء فان خرجت ولم يسلم الزوجان فسد العقد وان قلنا بقبول الرجوع كان العقد
باقيا ان رجعت في العدة هذا هو القسم الثالث من اقسام الانتقال وهو الانتقال من دين باطل

الى دين باطل وهو اقسام المبحوث عنه منها ثلثة الانتقال من دين يقر اهله عليه الى ما لا يقر اهله عليه كالكتا بي
يتوثن وعكسه والانتقال مما يقر عليه كاليهودي يتنصر والنصراني يتهود والمقصود بالبحث هنا
هو بيان حكم النكاح لان الاقرار بالجزية موضعه كتاب الجهاد الاول اذا انتقلت الذمية الى ما لا يقر اهله
عليه فانها لا تقر على ذلك اجماعا فاذا كانت تحت مسلم انفسخ النكاح في الحال ان كان قبل الدخول
وان كان بعده وقف على انقضاء العدة فان خرجت ولم تسلم تبينا انفساخ النكاح من حين الانتقال
ولو قلنا بقبول رجوعها الى دينها فان رجعت في العدة بقي العقد والا فلا وكذا الحكم لو قلنا بقبوله
دين آخر يساوي دينها الذي كانت عليه كما لو كانت يهودية فتوثنت ثم تنصرت واعلم ان قول المص ولم
يسلم الزوجان يقتضي ان الزوج عن مسلم ويلزم ان الذمية تحت الذمي اذا توثنت ينفسخ النكاح
في الحال ان كان ذلك قبل الدخول وكانه نظر الى انها تحتم الاسلام عليها صارت بمنزلة المرتدة محرمة
بحرمة الاسلام وفيه نظر فان نكاح الكتابي للوثنية لا نمنعه منه فيما بينهم نعم لا تقر المراة على الدين الذي
انتقلت اليه ثم ان اسلام الزوج لا دخل له في بقاء النكاح وعدمه الا اذا اسلمت الزوجة والذي ذكره المص
في التذكرة هو ما اذا انتقلت الكتابية زوجة المسلم الى التوثن ولم يتعرض لما اذا كانت زوجة الذمي
وفي التحرير صرح بان زوجة الذمي اذا انتقلت الى غير دينها من ملل الكفر وقع الفسخ في الحال وكذا
قال في الشرايع وللنظر فيه مجال لان الذمي لا يمنع نكاحه اي الكفر كافرة كانت ولا اعتراض لنا على
نكاحهم فيما بينهم حتى انها لو اسلمت بعد ذلك وكان قبل الدخول فالذي ينبغي الجزم ببقاء النكاح اذا اسلم
هو حين اسلامها ولو انتقلت الى ما يقر اهله عليه فكذلك ان لم نقرها على هذا الدين وهو الاصح
لقوله تع ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه فعلى هذا لو كانت تحت مسلم فان كان الانتقال
قبل الدخول انفسخ النكاح لامتناع الزوجية بينهما اذ ليست كتابية وان كان بعده وقف على انقضا
العدة ولو انتقلت الوثنية الى الكتابية واسلم الزوج فان قلنا منها غير الاسلام فالنكاح باق والا
وقف على الانقضاء بعد الدخول وقبله يبطل هذا هو القسم الثا لث وهو الانتقال من دين لا
يقر اهله عليه الى ما يقر اهله فاذا انتقلت الوثنية الى الكتابية واسلم زوجها كتابيا كان او وثنيا فان
قبلنا منها الدين الذي انتقلت اليه او ما جرى مجراه من الاديان التي يقر اهلها عليها فالنكاح باق لانتفاء
المانع فان استدامة نكاح الكتابية جائزة اجماعا وهذا احد القولين وان لم يقبل منها الا الاسلام وهو
الاصح على ما سلف في الجهاد فان كان ذلك بعد الدخول وقف على انقضاء العدة فان اسلمت قبلها فا
فالنكاح والا تبين بطلانه باسلامه وان كان قبله بطل من حين اسلامه ومن تامل ما قلناه علم النكتة

فيما لط

فى قول المص واسلم الزوج لانه لولا فرض تجدد اسلامهم لم يثبت ما ذكره من فسخ النكاح قبل الدخول والتوقف على
انقضاء العدة فان اسلمت قبلها بعده فان نكاح الوثنى والكتابى لا يحكم بفساده عندنا بتجدد انتقال زوجته
الكافرة الى دين غير دينها على هذا فضرب العدة انما يكون من حين اسلامه وقول الشارح الفاضل ولهذا
المص فى تقرير البحث ان الزوجين اذا كانا وثنيين لا حاجة الى فرض كونهما وثنيين بل انما يعتبر فرض
كون الزوجة وثنية واعلم ان الشارح الفاضل السيد قال ان هذه التفريع ينافى ما ذكره المص فى هذا الكتاب
من ان من انتقل الى دين اهل الكتاب بعد مبعث النبى ص لا يقبل ومنه زعم الشارح ولد المص انه لا منافات
حيث ان المص فرع بقاء النكاح على قبوله عند الاسلام منهما وعدمه على عدمه وليس ما ذكره بواضح لانا
اذا كنا لا نقبل بعد المبعث من الوثنى الكتابى قولا واحدا فلا وجه للتفريع فانه يشعر بوجود القول
بالقبول بالجملة فالعبارة وان كان لا تقتضيه ولعل ولد المص اراد بعدم المنافاة عدم التصريح بالقول
بالقبول بالجملة فالعبارة لا تخلو من مناقشة وليس للمسلم اجبار زوجته الذمية على الغسل من حيض
او جنابة لانه حق الله تع لا حق الزوج وقد اقرت على دينها شرعا فليس له اعتراضها وان حرمنا
الوطى قبله اوجبناه اى وان حرمنا الوطى قبل الغسل اوجبناه عليها لحق الزوج لتوقف الاستمتاع
الذى هو حقه عليه فله اجبارها عليه ولا شك ان الذى يجب عليه هو صورة الغسل مع النية وله
الزامها بازالة المنفر كالنتن وشعر العانة وطول الاظفار لان بقاء ذلك منقص للاستمتاع فكا
له اجبارها عليه كما فى المسلمة والنتن وله منعها من الكنايس والبيع وشرب الخمر واكل لحم الخنزير
واستعمال النجاسات التى يستقذرها الزوج واكل الثوم والبصل والكراث وشبهه مما ينقص الاستمتاع
وان كانت مسلمة اما المنع من البيع والكنايس فلان للزوج الاستمتاع بالزوجة دائما فى بيته وبخروجها
يفوت ذلك وكذا له منعها من الخروج الى بيت اهلها والجيران وغيرهم وكذا الاعياد وشبهها وكذا
الزوجة المسلمة له منعها من المساجد والمشاهد وبيوت الاهل والجيران واما منع الكتابية من
شرب الخمر فلانه مسكر يفوت به الاستمتاع ولانها فى هذه الحالة لا تردّ يد لامس ولا فرق بين القليل
والكثير منه لان الاسكار به غير منضبط فمن الناس من يسكر بالقليل الذى لا يسكر به غيره فليمنع من
الجميع حسما للمادة فان ذلك هو العلة فى تحريم الخمر واما منعها من لحم الخنزير فلما فيه من الاستقذار
والنفس قد يعاف منه وكذا القول فى النجاسات المستقذرة والماكل والمشارب المستقذرة وذات
الرايحة الكريهة مثل الثوم والبصل والكراث الا اذا طبخت لان ذلك كله منقص للاستمتاع والمسلمة
فى ذلك كالكافرة ولا يخفى ان قول المص ان كانت مسلمة المراد به وان كانت الزوجة مسلمة والمذكو

سابقاً انما هي الدفعة الذهنية والامر في ذلك سهل والمراد ظاهر لو اسلما في العدة ثبت النكاح ولا
يبحث الحاكم عن كيفية وقوعه بل نقرهما عليه ما لم يتضمن محرماً كما لو كانت تحته احدى المحرمات عليه لو
اسلم الزوجان دفعة او على التعاقب بحيث كان اسلام الآخر في العدة بعد الدخول فالنكاح ثابت
ولا يبحث الحاكم عن كيفية وقوعه وجوباً ولا استحباباً لان النبي صلى الله عليه وآله اسلم في زمانه خلق كثير فلم يسألهم
عن احوال انكحتهم بل اقرهم عليها نعم لو تضمن محرماً كنكاح احدى المحرمات حكم ببطلانه لان النبي صلى الله عليه وآله
قال لفيروز الديلمي وقد اسلم على اختين اختر احديهما فلو نكح امه او بنته او اخته ونحوهن انتفع
النكاح عند الاسلام قطعاً لا نقرهم على ما هو فاسد عندهم الا ان يكون صحيحاً عندنا ونقرهم على ما
هو صحيح عندهم وان كان فاسداً عندنا كما لو اعتقدوا اباحة الوقت من دون المهر اذا كان النكاح
صحيح الجاري في الكف فاسداً عندهم لم نقرهم عليه بعد الاسلام الا اذا كان صحيحاً عندنا فان الحكم
بصحته ولا نلتفت الى اعتقادهم وهنا سؤال وهو ان المتعاقدين اذا اوقعا نكاحاً يعتقدان فساده
كيف نحكم بصحته لمصادفته مطابقة العقد الصحيح ومثله وقوع العقد كذلك من المسلمين ونقرهم على
ما هو صحيح عندهم وان كان فاسداً عندنا بفوات شرط كما لو اعتقدوا صحة النكاح الموقت بدون
المهر وكذا لو خلا نكاحهم من الولي والشاهد لانه عند من يقول بالاشتراط او وقعت الصيغة على غير
الوجه المعتبر بغير خلاف في ذلك ويستثنى من هذا الضابط ما اذا وقع النكاح وبقيت الى زمان الاسلام
وما اذا اشترطا الخيار مدة زمانه الى الاسلام وما اذا اعتقدوا غصبية المرأة نكاحاً على احد وجهي الاشكال ل
كما سيأتي لا فرق بين الذمي والحربي في ذلك واعتقدوا غصبية المرأة نكاحاً اقروا عليه على اشكال بعد الا سلام
وقبله اي لا فرق بين الذمي والحربي فيما ذكر من حكم النكاح فاذا اسلم الحربيون او تحاكموا الينا واخترنا الحكم
بينهم اقررنا من الانكحة ما كان صحيحاً عندهم اذا لم يكن نكاح احدى المحرمات دون ما كان فاسداً عندهم
الا اذا كان عندنا على ما سبق ولو اعتقدوا غصبية المرأة نكاحاً فغصبها للنكاح ثم اسلما او تحاكما الينا
وهو المراد من قوله بعد الاسلام وقبله اقروا عليه على اشكال ينشأ من انه كسائر الانكحة التي يعتقدون
صحتها وليس فيها فيه الا اقامة الفعل مقام القول ومن حيث ان الغصب قبيح عقلاً فلا يسوغ في ملة
من الملل والتمكين من القبيح والتقرير عليه قبيح ويضعف بانه لا منافاة بين قبح الغصب عقلاً وصيرورة
المرأة المغصوبة زوجة باعتقادها واعتقاد غاصبها ولا يشترط للحكم بصحة النكاح كذلك في ملة من
الملل وينتقض ذلك بما اذا قهر الحربي حربية فانا نجوز شراها منه ونعدها بيعاً من طرفه يثبت فيه
احكام البيع وان كان استنقاذاً من طرفنا ولو كان قبح الغصب منافياً للنكاح ولا استبعد الحكم بصحته

كما سبق

كما سبق الجزم به في كلام المصنف وان استشكله هاهنا ويجب ان نستثني من ذلك موضعان ما اذا كان
الغصب في مبتداء الامر ثم زال ذلك ورضيا بالنكاح قبل الاسلام فانه ينبغي الجزم بصحته كما لو نكحها في العدة
وانقضت قبل الاسلام فان العقد الواقع في العدة باطل مجمع عليه فالمقتضى لصحة النكاح ليس الا الرضا
الجاري بعدها هذا الفرض انما هو في غير الذمية اما الذمية فلا يتصور التقرير على غصبها للنكاح لان
ذلك ظلم يجب في شرع الاسلام رفعه عن اهل الذمة وقد سبق اما اهل الحرب والمستأمنون فانه لا يجب دفع
ظلم بعضهم على بعض لو شرط الخيار مطلقا لهما او لاحدهما لم يقر عليه بعد الاسلام لانهما لا يعتقدان
لزومه حالة الكفر وان قيداه فان اسلما قبل انقضائه لم يقرا عليه وان كان بعده اقرا المراد باشتراط
الخيار مطلقا عدم تقييده بمدة ووجه عدم التقرير عليه اصلا في الفرض الاول انا وان لم نراع في عقودهم
الجارية في الشرك شرائط الاسلام لكنا لا نثبت ما لم يثبتوه وهم لا يثبتون بهذا العقد لاحد الزوجين او
لكليهما سلطنة النكاح فلا نثبتها نحن ولان الخيار مناف لصحة النكاح فاذا انتهى الى الاسلام كان المنافي
لصحة العقد موجودا بعد تعلق احكام المسلمين بالزوجين او باحدهما فكان كنكاح المعتدة اذا
ابقيت العدة الى الاسلام واما الفرض الثاني وهو ما اذا كان اشتراط الخيار مقيدا بمدة فانه اذا انقضت
المدة قبل اسلام واحد منهما فهو كما لو انقضاء عدة المعتدة قبل الاسلام فيصح النكاح وان بقيت الى
اسلامهما لم يقرا عليه قطعا ولو بقيت المدة الى اسلام احدهما خاصة فكذلك لتعلق حكم فساد النكاح
بالمسلم منهما وقال بعض الشافعية لا يندفع النكاح الا اذا اقترن بقاء المدة باسلامهما لان وقت الاختيار
والامساك هو الاجتماع على الاسلام وليس بشئ لو تزوجها في العدة ثم اسلما فان كان بعد الانقضاء
اقرا عليه والا فلا لان نكاح المعتدة لا يجوز ابتداؤه حالة الاسلام على هذا الحال اما بعد الانقضاء فانهما
يعتقدان صحة النكاح ويجوز ابتداء مثله في الاسلام على هذا الحال ولا اعتبار بالمتقدم فانه معفو عنه
اما لو تزوج حليلة ابيه او ابنه او المطلقة ثلثا فانهما لا يقران عليه بعد الاسلام لا ريب ان وصف الاعتداد
مانع من صحة النكاح ويلحق للمرأة ما يحرم نكاحهن ما دامت في العدة وكذا القول في المطلقة ثلثا قبل
التحليل لمن تزوج الكافر معتدة ثم تجدد الاسلام فان كانت العدة باقية فلا نكاح وان انقضت قبل
الاسلام كان صحيحا قال بعض الشافعية هذا اذا كانت عدة النكاح اما اذا نكح معتدة عن الشبهة
ثم اسلم والعدة باقية فانهما يقران على النكاح لان الاسلام لا يمنع دوام النكاح مع عدة الشبهة فلا
يعترض عليه اذا لاقاه والظاهر المنع مطلقا اذ لا يجوز انشاء النكاح المعتدة عن وطي الشبهة في
الاسلام وههنا بحث وهو ان العقد على ذات العدة والدخول بها من الاسباب الموجبة للتحريم

المؤبد وحقه ان لا فرق في ذلك بين المسلم والكافر كما في سائر الاسباب كالمطلق ثلثا فانه يحرم
للمطلق الى ان تنكح زوجا آخر والمطلقة تسعا للعدة فانه يحرمها مؤبدا وان اطلقوا هنا صحة النكاح
اذا انقضت العدة قبل الاسلام وظاهرهم ان ذلك مع الدخول ايضا وللنظر فيه مجال ولو تزوج حليلة
ابيه او ابنه لم تقر عليه بعد الاسلام بحال لانها تحرم مؤبدا ثم اسلم ثم ارتد فانقضت العدة من حين اسلا م
على كفرها تبينا الفسخ من حين الاسلام وان اسلمت في العدة تبينا عدم الفسخ بالاسلام وتضرب لها عدة
من حين الارتداد فان عادت فيها فهو احق والا بانت من حين ردته وليس له العود اليها بذلك العقد حال
ردته وان كانت كافرة وكذا اسلم ثم ارتد ثم اسلمت ثم ارتدت لم يكن له استصحاب العقد وان كان في العدة لا
ريب ان حدوث اختلاف الدين بين الزوجين المانع من صحة النكاح بينهما اذا وقع قبل الدخول انفسخ به
النكاح في الحال وان كان بعد الدخول وقف الامر فيه انقضاء العدة فاذا اسلم الزوج بعد الدخول ثم ارتد فلا
ريب في ضرب العدة من حين الاسلام فاذا ارتد بعد اسلامه فقد حدث سبب آخر لفسخ النكاح لو كانت
الزوجة مسلمة فينظر ان انقضت العدة من حين اسلامه على كفرها تبينا فسخ النكاح من حين اسلامه
وان اسلمت في العدة تبين ان الاسلام لم يكن موجبا للفسخ وان النكاح بحاله الى زمان الردة فلا بد من
ضرب عدة اخرى من حين الارتداد لانه اختلاف في الدين مانع من صحة النكاح حدث بعد الدخول فان
عاد الى الاسلام قبل انقضائها تبينا بقاء حق النكاح والا تبينا البينونة من حين الردة وليس له العود
اليها بذلك العقد حال ردته وان كانت كافرة لان المرتد له حكم البينونة من حين الردة الاسلام فلا يجوز
ان ينكح الكافرة والمراد من قولهم الكفر كالملة الواحدة ما عدا الارتداد لما قلناه من ان المرتد له حكم المسلم
ومن ثم لا يجوز للمرتد ان ينكح الكافرة ولا المسلمة لكفره وكذا الحكم لو اسلم ثم ارتد ثم اسلمت ثم ارتدت لم يكن له
استصحاب العقد وان كان اسلامها وارتدادها في العدة لو طلق كل واحدة من الاختين ثلثا ثلثا
ثم اسلم حرمتا الا بالمحلل قد علم تقرير ذلك مما سبق ولا يخفى ان في قوله هنا بان ثلثا ثلثا منصوب على
التمييز عن الجملة على ان قوله لو طلق كل واحدة من الاختين كلام تام وثلثا تفسير لكل من الطلاقين
وظاهر ان تفسير طلاق احدهما لا يغني عن الاخرى وهذا وان كان محتملا الا انه خلاف المتبادر لان
المتبادر انه منصوب لكونه مفعولا مطلقا اذا اسلم الحر على اكثر من اربع من الكتابيات بعقد الد وام
اختار اربع حرائر او حرتين وامتين والعبد يختار حرتين او اربع اماء او حرة وامتين واندفع
نكاح البواقي سواء ترتب عقدهن اولا وسواء اختار الاوائل او الاواخر وسواء دخل بهن اولا ولا يشترط
اسلامهن ولا تنتظر العدة قد سبق ان الرجل اذا اسلم كان له استدامة نكاح زوجته اذا كانت كتابية

بلفظ ثلثا ثلثا فكل ... ان الطلاق لكل واحدة
الثلاث او ثلثا ثلثا ... عنه

في

فعلى هذا اذا اسلم عن زائد عن العدد الشرعي وهن كتابيات بعقد الدوام فان كان حرًا اختار اربع
حرائر او حرتين وامتين او امة وثلث حرائر ان كان فيهن اماء وقلنا بنكاح الامة بالعقد من دون
الشرطين والا بطل عقد الاماء لان وقت الاسلام بمنزلة ابتداء النكاح لانه وقت المواخذة بالاحكام الاسلا منه
وان كان عبدًا اختار حرتين او اربع اماء او حرة وامتين لان ذلك هو العدد الجائز لكل واحد منهما
اختار اذلك انفسخ نكاح البواقي ولا فرق في الاختيار بين ان ينكحهن دفعة او على الترتيب ولا بين
ان يكن مدخولات بهن وعدمه ولا بين ان يختار الاوائل او الاواخر يدل على ذلك ما رواه العامة
ان غيلان اسلم وعنده ثلث نسوة فقال له النبي ص امسك اربعًا وفارق سايرهن وترك الاستفصال مع
الاحتمال يجري مجرى العموم وذهب بعض العامة الى انه ان تزوجهن في عقد واحد انفسخ نكاح
الجميع وان كان في عقود مترتبة لزمته الاربع الاوائل وهي غير معتد به ولا يخفى انه لا يشترط اسلا منه
ما سلف من بقاء نكاح الكتابية ولا ننتظر مضي العدة لينظر هل يسلمن ام لا لانه لا فرق في ذلك بين
اسلامهن وعدمه ولو اسلم معه اربع من ثمان فالاقرب ان له اختيار الكتابيات وجه القرب ان
الاسلام لا يمنع الاستمرار على نكاح الكتابية ولا يوجب نكاح المسلمة ولا مقتضي لترجيح المسلمات ويحتمل
تعين المسلمات للاختيار لشرف المسلمة على الكافرة فلا يناسب ذلك اختيار الكتابيات على المسلمات
والاصح الاول وليس للمرأة اختيار احد الزوجين بل يبطلان مع الاقتران والثاني مع الترتيب
لما اتفقت الملل على حفظ الفروج وصيانتها عن اختلاط الانساب امتنع نكاح المرأة الواحدة رجلين
فمتى وقع ذلك في الكفر فان تقدم عقد احدهما كان الثاني محكومًا ببطلانه عينًا والا كان كل منهما باطلًا
ولا مهر للزائد فان دخل فمهر المثل ان قلنا بعدم الصحة اي ولا مهر للزائد على العدد الشرعي اذا
اختار اربعًا وانفسخ نكاح الباقي ولم يكن قد دخل بمن انفسخ نكاحها وكذا لا نفقة لهن ولا متعة
فان كان قد دخل وجب مهر المثل ان قلنا ان نكاح الكفر لما زاد على العدد الشرعي غير صحيح كذا قال
الشارح الفاضل والذي يفهم من كلام الشيخ ان نكاح الكفر غير صحيح الا اذا انضم الى الاختيار في حال
الاسلام فلا يتم ما ذكره الشارح ولو قلنا وجب المسمى وهذا هو المختار ولو اسلم عن امرأة وبنتها
بعد الدخول بهما او بالام حرمتا ولا تحرم الام خاصة ولا اختيار لو تزوج الكافر بامرأة وبنتها
ثم اسلم واسلمتا معه او كانتا كتابيتين فالاحوال اربع ان يكون قد دخل بهما فيحرمان معًا اما بهامش
البنت فبدخوله بالام وام الام فلانه عقد على البنت ودخل بها وهما سببان في التحريم ولكل واحدة منهما
المسمى ان كانت التسمية صحيحة والا فمهر المثل ان يدخل بالام خاصة فيحرمان ايضا اما البنت

فللدخول بالام واما الام فلها المسمى ومع فساده مهر المثل ويطرد خلاف الشيخ الآتي ذكره في الرابعة هنا ايضا ان يدخل بالبنت خاصة فيحرم الام قطعا للعقد على البنت والدخول بها ولا يحرم البنت لان العقد على الام لا يحرمها من دون الدخول ان لا يدخل بواحدة منهما وفيه قولان احلهما واختاره الشيخ رحمه الله ان له اختيار ايتهما شاء لان العقد في حال الشرك لا يحكم بصحته الا بانضمام الاختيار في حال الاسلام فانه لو تزوج بعشر فاختار منهن اربعا لم يكن للبواقي مهر ولا نفقة ولا متعة بمنزلة من لم يقع عليهن عقد ولانه لو تزوج الاختين دفعة واسلم كان له ان يختار ايتهما شاء فكذا الام والبنت فان اختار نكاح البنت استقر نكاحها وحرمت الام على التأبيد بخلاف العكس الا ان يدخل بالام والثاني واختاره المص انه يلزمه نكاح البنت لان نكاح الكفر صحيح وهذا لو كان له اربع فما دون واسلمن او كن كتابيات لزمه نكاحهن ولم يفتقر الى الاختيار حال الاسلام وعدم وجوب مهر قبل الدخول للزائد على العدد لحصول الفسخ لا من قبل الزوج وهذا هو الاصح واعلم ان قول المص وقبله شامل لحالتين وهما اذا لم يدخل بالام اي وقبل الدخول بها اي بالام وقوله ولا اختيار للتصريح بالرد على الشيخ ولو اسلم عن امة وبنتها تخير ان لم يطأ احديهما والا حلت الموطوءة خاصة ولو كان قد وطئهما حرمتا اي لو اسلم عن امة وبنتها مملوكتين له فان لم يكن وطئ واحدة منهما تخير من شاء منهما للوطئ كما في حال الاسلام وان كان قد وطئ احديهما حلت الموطوءة دون الاخرى كما في حال الاسلام وان كان قد وطئهما حرمتا معا اما اللاحقة فظاهر واما السابقة فاما لان وطئ الشبهة يحرم وان تاخر ولان الوطئ لكل منهما بمنزلة العقد على كل منهما في الكفر محكوما بصحته لم ينظر الى السبق والتاخر ورتب على كل منهما ما يترتب على الصحيح ولو اسلم عن اختين تخير وان وطئهما لان فيروز الديلمي اسلم على اختين فخيره النبي صلى الله عليه وآله في امساك ايتهما شاء وحكم غير المختاره حكم الزائد على العدد وكذا عن العمة والخالة مع بنت الاخ او الاخت اذا اخترنا عدم الجمع او الحرة والامة وكذا لو اختارت الحرة او العمة او الخالة العقد على الامة او بنت الاخ او الاخت صح الجميع ان رضيت العمة والخالة بالجمع بينهما وبين بنت الاخ والاخت فلا بحث وان اخترنا عدم الجمع تخير العمة او بنت اخيها والخالة وبنت اختها فمن اختارها صح نكاحها وانفسخ نكاح الاخرى ولا مهر الا مع الدخول واما اذا اسلم عن حرة وامة فانه لم ترض الحرة بنكاح الامة انفسخ وان رضيت فالجمع صحيح عندنا وعند العامة يبنى على ان نكاح الامة يجوز اختيارا ام بالشرطين فعلى الثاني ينفسخ وعلى الاول يعتبر رضى الحرة واعلم ان عبارة الكتاب وغيره لا تؤدي المعنى المراد منها في مسئلة الحرة والامة بل الظاهر منها خلاف المراد

ولو اختير في حال الكفر لو معهن حكم حال الاسلام اي لو اختار كل من العمة بالنسبة الى بنت اخيها
والخالة بالنسبة الى بنت اختها والحرة بالنسبة الى الامة الجمع في حال الكفر كان ذلك موجبا للزوم النكاح
ولم يثبت الاختيار بعد الاسلام تمسكا بالاستصحاب ولان نكاح الكفر صحيح فاذا وقع مستجمعا للامور
المعتبرة في شرع الاسلام كان لازما ولو اسلم على اربع اماء تخير اثنتين وكذا لو كان معهن حرائر
اذا رضيت الحرائر والاقرب اعتبار رضى جميع الحرائر الاربع دون الخامسة ان فسخ نكاحها والا
اعتبر لو اسلم الحر على اربع اماء تخير اثنتين عندنا سواء كان ممن يجوز له ابتداء العقد على الامة ام لا
عندنا سواء علمائنا ذكره في التذكرة لانه استدامة عقد لا استئنافه ولو كان مع الاماء حرائر تخير اثنتين
بشرط رضى الحرائر فان لم يرضين انفسخ نكاح الاماء لان الاختيار بمنزلة ابتداء النكاح والاقرب انه
لو كان له ازيد من اربع حرائر انه لابد من رضى اربع حرائر بنكاح الاماء ليختار اثنتين ولا يكفي
رضى حرتين فقط اما الزائد على الاربع كالخامسة فان فسخ نكاحها لم يعتبر رضاها والا اعتبر ووجه
القرب في انه لابد من رضى اربع حرائر دون اثنتين ان يقال ان نكاح اربع من الحرائر الخمس لازم وانما
تكون الاماء زوجات فلا جرم قبل تحقق شرط نكاح الاماء لا يتحقق نكاحهن فيكون نكاح اربع حرائر
لازما فلابد من رضاهن وفيه نظر لانه اذا انضم اختيار الزوج لنكاح الحرتين الراضيتين الى اختيار امتين
نكاح البواقي فلا اعتبار لرضاهن او يقال ان نكاح حرتين لازم قطعا فيعتبر رضاهما ولا يعلمان
تعينهما فلابد من رضى الاربع ليعلم حصول رضى الاثنتين في الجملة اذ لا يتحقق بدونه ومن ثم يعتبر
رضا الخامسة لو لم تفسخ نكاحها اما اذا فسخته فلا لاندفاعه بالفسخ قطعا بخلاف ما زاد على اثنتين من
الاربع اذ لا يندفع نكاح الزائد بمجرد فسخه وفيه نظر لانه اذا اختار نكاح الحرتين الراضيتين مع امتين
تبين انحصار النكاح فيهما دون باقي الحرائر وان رضاهما هو المعتبر دون رضى غيرهما ولا ريب انه اذا
فسخ نكاح ما عدا الحرتين الراضيتين بعد ان اختار امتين انفسخ نكاحهن فكان الزائد على اثنتين
كالخامسة حيث انه اذا فسخ نكاحها انفسخ فعلى هذا الظاهر انه اذا رضي حرتان وانضم اليه اختيار
ضل نكاحهما مع امتين كفى ذلك ولم يحتج الى رضى الاربع وهو الاحتمال الثاني وهو قوي وجعل الشارح الفا
مقابل الاقرب احتمال توقف اختيار الاماء حتى يختار الحرتين ثم تاذنان في اختيار الامتين لانهما قبل
التعيين لا يصلحان للاذن وقد يتنظر في اعتبار هذا الترتيب لانهما رضيتا ظاهرا وذكر احتمالا ثالثا
وهو عدم توقف اختيار الامتين على رضى الحرائر اصلا بناء على ان الاختيار كاستدامة النكاح اذ لا
يشترط صيغة النكاح ولا قبول المرأة وانما هو استدراك عقد اشرف على الزوال فاشبه الرجعة ولجوازه

في الاحرام وذكر انه قول لبعض الفقهاء واحتمل في المسألة احتمالا رابعا على هذا القول وهو رضى الكل لانهن
باختلاف الدين قبل الاختيار كالمطلقة الرجعية فكل واحدة منهن كزوجته واندفاع نكاح الزائد باجتناب
النصاب يقتضي انه قبل الاختيار لابد من رضى الكل لانهن بحكم الزوجات وقد يناقش فيه بان اعتبار
رضى من يريد دفع نكاحها موضع المنع ولو كان احدى الخمس بنت الاخ او الاخت فاختارها
مع قلنا ينفسخ نكاح العمة او الخالة اي لو كان له زوجات خمس احداهن بنت اخ لاخرى منهن او بنت
اختها فاختار البنت مع ثلث غير العمة والخالة اندفع نكاح العمة او الخالة لزيادتها على النصاب ولم يعتبر
رضاها لخروجها عن الزوجية بخلاف ما لو كان الجميع اربعا فانه لابد من رضى العمة والخالة ويقابل ان
يقول يلزم على اعتبار رضى الاربع والخامسة ان لم ينفسخ نكاحها وجوب اعتبار رضى العمة والخالة هنا لان
اختيار بنت الاخ او الاخت مشروط برضى العمة والخالة لانها زوجة واندفاع نكاحها مشروط بصحة الاختيار
وحيث اكتفينا برضى اثنتين في الاولى وحكمنا بان من لم يختر نكاحها لا يكون رضاها معتبرا تمسكا باصالة
عدم اعتباره في الزوجة التي يختارها للفسخ فعلم اشتراط رضى العمة والخالة في هذه الصورة واضح
ولو اسلم على حرة وثلث اماء تخير مع الحرة اثنتين اذا رضيت الحرة ولو لم ترض ثبت عقدها وبطل عقد
الاماء اذا اسلم الحر على حرة وثلث اماء وثنيات واسلمن وكذا لو كن كتابيات تخير مع الحرة اثنتين بناء على انه
لا تشترط لنكاح الامة فقد الطول وخوف العنت هذا اذا رضيت الحرة بالاماء فلو لم ترض ثبت عقدها
واندفع عقد الاماء لا محالة ولحقن به الاماء وخرجت العدة على كفر الحرة بطل نكاحها وتخير اثنتين هذا
من شعب المسألة المفروضة وهي ما اذا اسلم على حرة وثلث اماء اي لو لحق به الاماء في الصورة ٥
المذكورة بان اسلمن وخرجت العدة والحرة على كفرها حيث كانت مدخولا بها وهي غير كتابية بطل نكاح
الحرة لا محالة فلم يعتبر رضاها ح وتخير من الاماء اثنتين بناء على ان نكاح الامة غير مشروط بالشرطين
ولو عادت في العدة ثبت عقدها خاصة ان لم ترض بالاماء اي لو اسلمت في العدة والحال ان الاماء
اسلمن اعتبر رضاها بالاماء ويختار اثنتين فان لم ترض ثبت عقدها خاصة ولو طلق الحرة في العدة
قبل اسلامها فان اسلمت فيها صح الطلاق وبين الاماء ان قلنا ببطلان عقد الامة على الحرة من اصله
وان خرجت ولما تسلم ظهر بطلان الطلاق وتخير في الاماء هذا من كلام المسألة المذكورة ايضا وتحقيقه
انه لو طلق الحرة المدخول بها في العدة قبل اسلامها نظر فان اسلمت في العدة تبين صحة الطلاق
لوقوعه على من تبينت زوجيتها ثم الحكم في الاماء مبني على ان من عقد على الامة وعنده حرة بغير اذنها
هل يكون باطلا من اصله او موقوفا على رضاها فان قلنا بالاول بانت الاماء فان قلنا بالثاني اختار اثنتين لانا

بناء

بناه على هذا لانه على القول بالوقف لا مانع من الصحة هنا لانه انما كان المانع الجمع بين الحرة والامة
وقد زال وليستشكل هذا البناء بامرين لو تم مثله لو طلق المسلم الحرة بعد ان عقد على الامة فيجب على الحكم
بصحة عقد الامة في هذه الصورة بناء على الوقف قال شيخنا الشهيد في حواشيه والتزامه بعيد اعتمادا
على ان معنى الوقف صحته اذا اذنت لا فساده اذا منعت وتوضيحه ان المعقول من معنى الوقف تزلزل
العقد وعدم ثبوته حتى ترضى لا تسلطها على فسخه مع ثبوته وبعد الطلاق لا اعتبار لرضاها لخروجها
عن الزوجية انه يلزم فيمن اسلم عن حرة وامة ولم يطلق بطلان عقد الامة بناء على القول بالبطلان في
المسألة المذكورة وظاهرهم خلافه والتحقيق ان البناء لا يخلو من اشكال بالنسبة الى كل من الطرفين بل ينبغي
ان يقال فيه احتمالان الصحة لانتفاء الجمع المانع منها والبطلان لتوقفه على رضى الحرة وقد تعذر
بخروجها عن الزوجية واحتمل شيخنا الشهيد اعتبار رضاها لو كانت العدة رجعية لانها زوجة ثم ضعفه
بجريانها الى بينونة معها فلا اعتبار لرضاها وهذا كله اذا اسلمت في العدة فلو خرجت ولم تسلم ظهر بطلان
الطلاق لانه انما يقع على زوجة وقد تبين انفساخ النكاح باختلاف الدين وههنا فائدتان قوله
وبين الاماء جار على لغة اكلوني البراغيث وفي بعض النسخ وبانت الاماء في الحكم بصحة الطلاق على
تقدير اسلامها في العدة دليل على ان من طلق وهو شاك في تحقق شرط صحة الطلاق ثم علم حصوله حين
وقوعه يقع طلاقه صحيحا وقد يوجد في كلام بعضهم ما يخالف ذلك لاشكال يتطرق اليه لانه طلق
طلاقا على التردد ولابد في العقود والايقاعات من الجزم ولمانع ان يمنع التردد لان استصحاب الحال
يقتضي بقاء الزوجية والمزيل هو خروج العدة قبل الاسلام وهو مشكوك فيه ومتى حصل الاستناد
الى الاستصحاب فلا تردد ولو اسلم الحر على اربع حرائر او حرتين وامتين او ثلث حرائر وامة او
اسلم العبد على اربع اماء او حرة وامتين او حرتين ثبت العقد على الجميع لكن مع رضى الحرائر اذا اجتمعت
مع الاماء هذا ان كن كتابيات لما كان للحر ان ينكح اربع حرائر او حرتين وامتين او ثلث حرائر وامة
على ما سبق بيانه وكذا العبد له ان ينكح اربع اماء او حرة وامتين او حرتين فاذا اسلم احدهما على عدد
من الاعداد التي يجوز له ثبت عقده على الجميع ولم يكن له اختيار لانتفاء الزيادة على النصاب هذا اذا كن
كتابيات فانه يجوز استدامة نكاحهن اما اذا كن وثنيات فانه لابد من اسلامهن معه او في العدة
اذا كن مدخولا بهن ولو اسلم عن اكثر من اربع وثنيات فاذا كن من اسلامهن مدخولا بهن انتظر
العدة فان خرجت ولم يسلم منهن احد بطل عقدهن وان اسلم فيها اربع فما دون وخرجت ولم يزدن على
الاربع ثبت عقد المسلمات وان زدن على اربع في العدة تخير اربعا وله اختيار من سبق اسلامها

ومن تأخر وينفسخ نكاح البواقي وكذا لو اسلمن كلهن ولا يجبر على الاختيار اذا سبق البعض بل التربص
حتى تنقضي العدة فان لحقن به او بعضهن ولم يزدن عن اربع ثبت عقده عليهن وان زدن عن اربع تخير اربـ بعًا
ولو اختار من سبق اسلامهن وكن اربعا لم يكن له اختيار من لحق به ولو في العدة   يصح تقليد المسلم احدا
وعبدا لكن لابد ان يراعي في اختيار الحر اختياره لما يجوز له من الحرائر والاماء فاذا اسلم الزوج عن اكثر من
اربع وثنيات مدخول بهن وهذا القيد لكون لهن عدة تنتظر اسلامهن فيها فهناك احوال   ان لا تسلم
واحدة منهن في العدة فيتبين انفساخ نكاحهن باختلاف الدين وهو واضح   ان يسلم منهن اربع فما
دون وتنقضي عدة الباقيات قبل اسلام احديهن فيتعين المسلمات في العدة وينفسخ نكاح البواقي
لانه انما يتخير اذا زاد عدد من يستدام نكاحهن على النصاب   هذه الصورة بحالها لكن زدن في العدة
على اربع فيتخير اربعا وله اختيار من سبق اسلامها ومن تأخر لان الاعتبار بجواز استدامة النكاح
بكونه الاسلام في العدة ولو قبل آخرها بلحظة فاذا اختار اربعا انفسخ نكاح البواقي واما من خرجت
عدتها ولم تسلم فانها بخروج العدة يتبين بينونتها   ان يسلمن كلهن في العدة فيختار اربعا فاذا
اختاره انفسخ البواقي ولا يخفى انه حيث سبق البعض والعدة باقية لا يجبر على الاختيار لمن سبق
لامكان لحاق البواقي او بعضهن بل له التربص حتى تنقضي فان لم يزدن عن اربع ثبت عقده عليهن
وان زدن تخير اربعا ولو اختار من سبق اسلامهن وكن اربعا لم يكن له اختيار من لحقه وان
كان اللحاق في العدة لانه باختياره للاربع ينفسخ نكاح البواقي لو كن مسلمات او يتجدد اسلامهن
بعد الاختيار ولو اسلم عن اربع وثنيات مدخول بهن لم يكن له العقد على خامسة ولا على اخت
احديهن الا بعد انقضاء العدة مع بقائهن على الكفر او بقاء احدى الاربع او الاخت عليه
اذا اسلم عن اربع وثنيات مدخول بهن وقد علم وجه هذا القيد لم يكن له العقد على خامسة ولا على
اخت احديهن الا بعد انقضاء العدة مع بقائهن على الكفر او بقاء احدى الاربع عليه وكونها
اخت من يريد العقد عليها حيث تكون الخامسة اختا لاحدى الاربع لانهن قبل ذلك لا يعلم
انفساخ زوجيتهن لجواز اسلامهن في العدة فيثبت نكاحها ويمنع منها فان قيل حيث جاز طلاق ق
الحرة في المسألة السابقة في قبل اسلامها لو كان اسلامها قبل خروج العدة صحيحا وعلم كاشفا عن فساد ٥٥
فلم لا يجوز هنا العقد على الخامسة وعلى الاخت وتنتظر العدة فان اسلمت كلهن فيها تبين بطلان نكاح
الخامسة وكذا لو اسلمن الاخت تبين بطلان نكاح اختها والا تبين الصحة قلنا يمكن الفرق بان شرط
الطلاق حاصل ظاهرا لان المطلقة قد كانت زوجة قبل الاسلام ولم يتبين اندفاع نكاحها بالاسلام

فيتمسك بالاصل ظاهراً ثم ينظر الى الكاشف وهو اسلامها في العدة وعدمه بخلاف نكاح الخامسة فا حنث
لان المانع وهو نكاح الاربع او الاخت موجود ظاهراً الآن قبل الاسلام كن زوجات ولم يعلم زوال الزوجية
والاصل بقاؤها الى ان يعلم المزيل فالمصحح ظاهراً موجود في الاول والمانع ظاهراً موجود في الثاني فظهر الفرق
ومن هذا يظهر جواب السؤال السابق اعني وقوع الطلاق على التردد ولو اسلمت الوثنية فتزوج الكافر
باختها فان انقضت العدة على كفره صح عقد الثانية ولو اسلما في عدة الاولى تخير ولو تأخر اسلام الثانية
حتى خرجت عدة الاولى وقد اسلم بانت ويحتمل انتظار العدة الثانية من حين اسلامه فان لحقت به تخير
وان خرجت عدة الاولى لو اسلمت زوجة الكافر وكانت وثنية مدخولاً بها فانه ينتظر بنكاحها اسلا هر
في عدتها او خروجها وهو على كفره فلو عقد على اختها صح العقد لان نكاح الكفر صحيح لما سبق ثم ينتظر
فان انقضت عدة المسلمة وهو على كفره اندفع نكاح الاولى وتقرر عقد الثانية وان اسلما او لو اسلم الزوج
والاخت المنكوحة في عدة الاولى تخير ايتهما شاء فان كان لم يدخل بالثانية فلا بد من ان يكون اسلامهما دفعة
حذراً من انفساخ العقد لكن ما سيأتي من عبارته يدل على انه دخل بالثانية فلا يشترط اسلامهما دفعة
فاذا تأخر اسلام الثانية حتى خرجت عدة الاولى وقد اسلم بانت الثانية وكذلك اسلمت الاولى حكم بضرب
العدة لها من حين اسلامها وحكمه انه متى اسلم الزوج في العدة ثبت نكاحها لما لم يكن هناك مانع ولا مانع
هنا لكون الثانية كافرة فيستقر عقد الاولى ويندفع نكاح الثانية لانتفاء صلاحيتهما للزوجية
لامتناع الجمع بين الاختين وهذا قول بعض الاصحاب ويحتمل انتظار العدة للثانية من حين اسلامه
فان لحقت به في عدتها تخير وان خرجت علة وجهه ان المقتضي لانفساخ نكاح الثانية انما هو اسلام
الزوج ولهذا بقي على الكفر استمر النكاح لان نكاح الكفر صحيح على ما قدمناه وقد وقع العقد على الاخت
في حال كفرهما وحيث كانت مدخولاً بها وجب ضرب العدة لها كما في كل مدخول بها اسلم زوجها فان
اسلمت في العدة وجب الحكم بعدم انفساخ النكاح باختلاف الدين وتخير ايتهما شاء ولا ينظر الى بقاء عدة
وانقضائها وهذا الاحتمال هو المختار والجواب عن دليل الاول المنع من اندفاع نكاح الثانية باسلام
الاولى قبلها وامتناع الجمع بين الاختين لا يقتضي ذلك انما يقتضي امتناع كونهما معاً زوجتين وليس الحكم
ببقاء نكاح الثانية انشاء نكاح للاخت بعد الاسلام وانما هو عقد وقع في الكفر صحيحاً فاذا لم يكن
اختلاف الدين موجباً للفسخ لم يثبت لاحد النكاحين اولوية على الآخر ولم يكن لسبق اسلام احدى
الاختين مزية على تجدد اسلام الاخرى ومثله ما لو اسلم زوجاته الاربع وهن مدخول بهن دونه فتزوج
خامسة ودخل بها ثم اسلم وتأخر اسلامها حتى خرجت عدة الاربع ولو اسلم العبد على اربع حرائر

فصاعدًا وثنتان ثم اعتق ولحقن به في العدة تخير اثنتين فاذا اختارهما انفسخ نكاح البواقي وكان له العقد
على اثنتين آخريين لانه حر ولو اعتق اولاً ثم اسلم ولحقن به تخير اربعًا   اختلف كلام الاصحاب في هذه
المسألة فذهب الشيخ في المبسوط والمص في التذكرة والتحرير الا انه اذا اجتمع اسلام الزوج والزوجات قبل عتقه
كان له حكم العبيد فيختار حرتين فقط وان اعتق قبل اجتماع الاسلامين كان له حكم الاحرار فيختار اربعًا وفي هب
في هذا الكتاب الى انه اذا تأخر عتقه عن اسلامه لم يكن اختيار الاربع بل حكمه حكم العبيد لانه في وقت ثبوت
الاختيار له والتزامه باحكام الاسلام كلها كان عبدًا فانحصر اختياره في اثنتين بخلاف ما لو اعتق قبل اسلامه
فان له حكم الاحرار لانه في وقت ثبوت الاختيار وجريان احكام الاسلام جميعها عليه والتزامه بجميعها كان
حرًا فيجري عليه حكم الحرية والمحقق نجم الدين في الشرائع استشكل الفرق بين ما اذا اسلم واسلم معه اثنتان
من الاربع ثم اعتق وبين ما اذا اسلمت ثم اعتق ثم اسلم او اسلمن بعد عتقه واسلامه في العدة حيث ان له في
الاول اختيار اثنتين خاصة وفيما عداه اختيار اربع وقد بينا وجه الفرق والشيخ في المبسوط فرق بينهما
وكذا المص وغيره والفرق هو المختار واعلم ان قول المص لانه حر تعليل لقوله وكان له العقد على اثنتين
اخريين لا لما قبله لمنافاته الحكم واذا اسلم الحر عن اكثر من اربع حرائر مدخول بهن وثنيات انتظر العدة
فان لحق به اربع كان له الانتظار فان اختار المسلمات انقطعت عصمة البواقي ثم ان اسلمت قبل انقضاء العدة
علمت البينونة باختياره للاربع وكانت عدتهن من ذلك الوقت وان اقمن على كفرهن الى الانقضاء علمت
البينونة منهن باختلاف الدين هذا الفرض المذكور في كلام المص هو بعينه ما تقدم في كلامه قبل هذا باسطر
وهو قوله ولو اسلم عن اكثر من اربع وثنيات مدخول بهن الخ وانما ذكر هنا الفرض لذكر الاسلام كما
التي زادها هنا وقد كان يمكنه ذكرها هناك فيستغني عن الاطالة لكنه لما لم يقيد فيما سبق المسلم بكونه حرًا
والمسلمات بكونهن حرائر شمل الفرض العبد والاماء ولا منافاة باعتبار ذلك لان لكل من الحر والعبد
اختيار اربع في الجملة وان اختلف الحكم باعتبار كونهن حرائر واماء اذا تقرر ذلك فاعلم انه اذا اسلم
الحر عن اكثر من اربع حرائر مدخول بهن وثنيات انتظرت العدة في اندفاع نكاحهن بالاسلام وان
لحق به اربع كان له انتظار البواقي فلا يحدث اختيارًا ولا اماتة له الى ان ينظر ما يكون منهن وله
ان لا ينتظر بان يصح باختيار المسلمات او يطلقهن فان الطلاق مستلزم للاختيار او يفسخ نكاحهن
خيار فهذه اقسام اربعة   ان اختار المسلمات فينقطع عصمة البواقي قطعًا فهل هو باختلاف الدين ام بالا
ينظر فان اسلمن قبل انقضاء العدة علمت البينونة باختياره للاربع وكانت عدتهن من ذلك الوقت
لانهن بالاسلام في العدة صالحات للاستدامة نكاحهن كغيرهن فلا يبن الا بالاختيار وان اقمن على

[illegible]

كفرهن حتى انقضت عدتهن علمت البينونة باختلاف الدين ولم يكن للاختيار اثر لتعين المسلمات للنكاح
وهذا ضابط مستمر وهو انه متى كان الاختيار هو المقتضي للبينونة فالعدة من حينه ومتى كان البقاء على
الكفر الى انقضاء العدة هو المقتضي له فالعدة من حين الاسلام واعلم ان قول المص فان لحق به اربع الخ لا معادل
له في كلامه استغناء بما تقدم في الفرض المذكور سابقا وان انتظر اسلام البواقي فان اقمن على الكفر حتى
خرجت العدة ظهرت البينونة من حين الاختلاف وان عدتهن انقضت وان الاول قد لزمه نكاحهن
بغير اختياره ان بعضا انفسخ نكاح البواقي من حين الاختيار ويعتددن من وقته هذا هو القسم الثاني
من الاقسام الاربعة وهو انتظار اسلام البواقي وعدمه وكان الاحسن ان يقدمه على الاقسام الثلثة او يؤخره
عنها لانها مقابل الانتظار وتحقيقه انه اذا انتظر اسلامهن فان بقين على الكفر حتى انقضت العدة تبين
بينونتهن باختلاف الدين وانقضت عدتهن ولزمه نكاح الاول وان اسلمن في العدة فمتى اختار اربعا
انفسخ نكاح البواقي من حين الاختيار ويعتددن من وقته ولا يخفى انه لو قال فمتى اختار اربعا بدل
قوله فان اختار الخ كان احسن لانه لا يستدعي معادلا ولانه لا بد من الاختيار وان طلق المسلمات
انقطعت عصمة الباقيات لاستحالة توجه الطلاق الى غير زوجة ثم ان اقمن على الكفر حتى انقضت العدة
بن باختلاف الدين وان اسلمن فهن بائن من حين الطلاق هذا هو القسم الثالث من الاقسام الاربعة
وهو ثاني الاقسام الثلثة المقابلة للانتظار وهو ان يطلق المسلمات وحكمه انه بمنزلة الاختيار لاستحالة
توجه الطلاق الى غير زوجة ولا يخفى ان الفاء في قوله فان طلق الخ لا موقع لها والاحسن عطفه بالواو
ولو اختار فسخ المسلمات لم يكن له الا بعد اسلام اربع لامكان ان لا يسلمن في العدة فيلزمه نكاح المسلمات
هذا هو القسم الرابع وهو ان يختار فسخ نكاح المسلمات وقد حكم المص بانه ليس له ذلك الا بعد اسلام
اربع اخر في العدة لامكان ان لا يسلم غير الاول فيلزمه نكاحهن فيقع الفسخ باطلا ومراده على
ما يرشد اليه التعليل ويدل عليه ما سياتي من كلامه انه ليس له الفسخ المحكوم بنا ثيره في الحال ٥
اما غيره فسياتي في كلامه تردد فيه فلولا هذا الحمل لتدافع كلامه فلو اختار الفسخ ولم تسلم البا قيات
في العدة انفصل نكاحهن ولزمه نكاح من اختار فسخهن وان اسلمن فان اختار منهن اربعا
انفسخ نكاح الزائد والاوائل وان اختار الاوائل احتمل الصحة لان فسخه الاول لم يكن صحيحا وقت وقوعه
والبطلان لان بطلان الفسخ انما هو لو اقام البواقي على الكفر لانا نتبين لزوم نكاح المسلمات فاما اذا
اسلم البواقي فاذا فسخ فيه نكاح من شاء جاز ولم يكن له ان يختارها هذا من احكام القسم الرابع اي
فلو اقدم على اختيار الفسخ للمسلمات فلم تسلم الباقيات فظاهر انفصال نكاحهن باختلاف الدين فيقع

لان اختيارها انما يتعين بعد الزوجية لجعهن اذا اسلمن وانقضت عدتها اذا

الفسخ لاعتاد يلزمه نكاح من اختار فسخ نكاحهن فان اسلمن في العدة فان اختار منهن اربعا او كن اربعا
ارتد من اربع الفسخ نكاح الزائد والاوائل قطعا وان اختار الاوائل وهي التي فسخ نكاحهن ففي
صحة اختياره وفساده وجهان احدهما الصحة لان فسخ الاول لم يكن صحيحا وقت وقوعه فكذلك
لانه لا يترتب عليه اثره وما لا يترتب اثره عليه عليه فاسد ولمانع ان يمنع ترتب اثره عليه فان علم
ظهور ترتبه في الحال لا يمنع انكشاف ترتبه فيما بعد والحاصل ان صحة الفسخ مشروطة بكون الزوجات
عددا يبقى منه بعد فسخ الاربع اربع فصاعدا وباسلام البواقي في العدة تكشف حصول الشرط في وقت
الفسخ فوجب ان يكون صحيحا انه وقد يقال يشترط في الفسخ ان لا يقع على التردد وحين ايقاعه
كان حصول الشرط مشكوكا فيه فوقع على التردد فلا يكون صحيحا والثاني البطلان اي بطلان اختيار
الاوائل وذلك لان الفسخ وقع صحيحا لان بطلانه انما يتم لو قام البواقي على الكفر لانتفاء الشرط
وهو الزيادة على العدة وهي منتفية فتبين لزوم نكاح الفسخ المسلمات فاما اذا اسلم البواقي في
العدة فان الشرط حاصل فاذا فسخ في حال اسلامهن نكاح من شاء منهن وقع الفسخ صحيحا
وان تقدم على اسلامهن لحصول شرطه بحسب الواقع وح فمن فسخ نكاحها ليس له ان يختارها
بعد والتحقيق انه لا مانع من صحة الفسخ على تقدير اسلام البواقي الا جهله بحصول شرطه في وقت ايقاعه عه
وذلك يقتضي ايقاعه على التردد فيه وعلم الجزم بكونه فسخا فان كان ذلك منافيا للصحة وقع
فاسدا والا فلا ومثله نقول في سائر العقود والايقاعات فلو باع مال مورثه لاحتمال موته
وانتقال الملك اليه فصادف موته وكذا لو وهب لآخر او اصدقه امراة او طلق زوجة جاهلا
بانتقالها منه الى آخر حيث يشترط ذلك ثم تبين حصول الشرط بحسب الواقع ففي الصحة
في ذلك تردد وما ذكره الاصحاب من ان العقود بالقصود قد يقال انه يقتضي الفساد وانا في ذلك
من المتوقفين .. ولو اسلم عن اربع اماء وحرة فاسلمن وتاخرت الحرة واعتقن لم يكن له اختيار
واحدة منهن ان منعنا من نكاح الامة للقادر على الحرة لجواز اسلام الحرة وانما يعتبر حالهن
حال ثبوت الخيار وهو حال اجتماع اسلامه واسلامهن وح اما ان اسلمت الحرة
بن وان تاخرت حتى انقضت بانت وكان له اختيار اثنتين لا غير اعتبارا بحال اجتماع
اسلامهن لو اسلم الحر عن اربع اماء وحرة وثنتان مدخول بهن فاسلم الاماء وتاخرت الحرة
واعتقن فقد حكم المص بانه ليس له اختيار واحدة من الاماء لا قبل العتق ولا بعده على القول
بمنع الحر القادر على نكاح الحرة من نكاح الامة اما قبل العتق فظاهر لانه امسك بنكاح

حرة فانه يجوز ان يسلم في العدة واما بعده فلان الاعتبار بحريتهن وضدها وقت اجتماع اسلامه
واسلامهن لانه وقت الاختيار ح وفي هذه الحالات كن اماء اذ المفروض اعتاقهن بعد اسلامهن واسلا مهن
بعد اسلامه بل ينظر ان اسلم الحرة بين اعتق الاماء ومتى يكون بينونتهن ينبغي ان يكون من حين اسلامه
لانه وقت التزامه باحكام الاسلام وقد بينت انه لو اح زوجة حرة وان تاخرت الحرة حتى انقضت العدة
بانت باختلاف الدين وكان له اختيار امتين لا غير اعتبارا بوقت اجتماع اسلامهن مع اسلامه وقد
حذف المص لفظة مع اسلامه اكتفاء بدلالة اجتماع عليه وفي بعض النسخ اعتبارا بحال اجتماع
الاسلامين واعلم ان هذا الذي ذكره المص نحو ما ذكره الشيخ في المبسوط لكنه زاد فيه قوله ان منعنا من
نكاح الامة الخ وعليه ثلثة اشكالات ان بناء قوله لم يكن له اختيار واحدة منهن على منع القادر على
نكاح الحرة من نكاح الامة بناء غير ظاهر وذلك لانه يقتضي عدم الفرق بين ابتداء نكاح الامة
واستدامته وقد صرح الاصحاب بالفرق وان اشتراط نكاح الامة بالعجز عن نكاح الحرة انما هو في الابتداء
لا في الاستدامة ولولا ذلك لزم انه متى اسلم الحر على اماء وكان قادرا على نكاح الحرة ينفسخ نكاحهن و
كذا اسلم وتحته حرة واماء ينفسخ نكاح الاماء اذا اسلمت الحرة وان رضيت بنكاحهن وليس بمرضي
عندنا وانما يجب ان يقال ينتظر اسلام الحرة فان اسلمت توقف على رضاها والا اختار امتين وقد صرح
الاصحاب بخلافه اعتراف بان الاعتبار في الرقية والحرية لوقت اجتماع اسلامه واسلامهن ينافي
ماسبق من انه اذا اسلم العبد على اربع حرائر ثم اعتق واسلمن في العدة يختار اثنتين فقط لان اجتماع ع
الاسلامين كان حرا فكان حقه ان يختار اربعا وما سياتي من قوله او اعتقن بعد اسلامه على اشكال
فان الاشكال لا يتجه اذا كنا لا نعتبر الا وقت اجتماع الاسلامين قوله وان تاخرت حتى انقضت بانت
وكان له اختيار اثنتين لا غير بناء على منع القادر على نكاح الحرة من نكاح الامة مشكل فان نكاح ح
امتين على هذا التقدير ممنوع منه وظاهره بناء المسئلة على ذلك القول ولو اعتقن قبل اسلامه ثم
اسلم واسلمن او اعتقن بعد اسلامه كان له اختيار الاربع لان حالة الاختيار حالة اجتماع الاسلامين وهو
ح حرائر فان اختارهن انقطعت الخامسة هذه من شعب المسئلة السابقة ومنها صورتان عتقهن
قبل اسلامه واسلامهن معا عتقهن بعد اسلامه وقبل اسلامهن وبقي صورة وهي عتقهن بعد
اسلامهن وقبل اسلامه والذي سبق في اول المسئلة عتقهن بعد اسلامين فاما اذا كان عتقهن قبل
اسلامه واسلامين معا فلا اشكال في ان له اختيار اربع لانهن في وقت التزامه باحكام الاسلام قد جرت ن
الاحكام عليه حرائر فكان لهن حكم الحرائر في الاصل فيختار اربعا واما اذا كان عتقهن بعد اسلامه

وقبل اسلامهن فقد ذكر المص فيه اشكالا بينا، مما ذكره المص وهو ان حالة الاختيار حال اجتماع الاسلامين
وهن في هذه الحالة حرائر فله ان يختار اربعا ومن ان حالة اسلامه هي حالة التزامه باحكام الاسلام
وحالة جريانها عليه فيكون المعتبر حالة اسلامه فقط وهن حينئذ اماء فيختار اثنتين فقط وهذا اقوى
لا يقال قبل اجتماع الاسلامين ليس له اختيار قطعا فيكون وقت الاختيار حين اجتماعهما فيجري عليه
الاحكام باعتبار تلك الحالة لانا نقول المانع من الاختيار قبل اجتماع الاسلامين هو عدم العلم ببقاء
الزوجية والاختيار فرعها وانما يتبين ذلك بالاسلام بالعدة وعدمه حتى لو علم بقاء الزوجية بسبب من
الاسباب الموجبة للعلم كاخبار المعصوم لم يمنع من قبل اجتماع الاسلامين مراعى وكذا الطلاق فعلى
هذا على الاول له اختيار الاربع فيتعين للخامسة واسلمت في العدة انما يختار اثنتين من الاماء مع
الحرة اذا اسلمت في العدة وعلى الاول له اختيار الاربع فيتعين للخامسة واسلمت في العدة واما اذا اعتقن
بعد اسلامهن وقبل اسلامه فان له ان يختار الاربع اما على اعتبار اجتماع الاسلامين فظاهر واما
على اعتبار اسلامهن فلانه انما اسلم بعد ان صرن حرائر واعلم ان الدليل الذي علل به المص وهو قوله لان
حالة الاختيار حال اجتماع الاسلامين ان تم لم يتجه الاشكال الذي ذكره في المسألة الثانية ولم يسلم له ما في
ر به فيما اذا اسلم العبد ثم اعتق ثم اسلم الزوجات ولو اسلم على خمس فلحق به اربع فله اختيار ثلث والانتظار
الخيار في الرابعة حتى يخرج عدة الخامسة على الشرك وهل له الانتظار في الجميع الاقرب المنع لانه يلزمه
قد ب نكاح ثلث منهن فيختار ثلثا فان اسلمت الخامسة تخير والا لزمه نكاح الرابعة توضيح ما ذكره والا
ان هذا يلزمه نكاح ثلث منهن على كل تقدير من تقديري اسلام الخامسة وعدمه وكل من كان كذلك
تعين عليه الاختيار من غير تاخير فالكبرى محذوفة ووجه صحتها ان للزوجات حقا فلا يجوز له
تضييعه بالتاخير واما الصغرى فللناظر ان ينظر فيها فانه ان اراد بها انه يلزمه نكاح ثلث على
التعيين فمعلوم انه ليس كذلك اذ لو كان هكذا لم يكن للاختيار معنى وان اراد انه على التعيين فالكبرى
ممنوعة فانه من المعلوم انه ليس كل من يلزمه نكاح ثلث او اربع في الجملة يجب عليه تعجيل ووجه ايضا
بان الاختيار انما يكون عند الزيادة على الاربع ولم يوجد وليس بشيء وبانه لثلث عليه حقوق الزوجية فلا
يحل تاخيرها كالمبانة وفيه نظر لان ذلك حيث لا يكون التاخير لانتظار اسلام بعض الزوجات
اما اذا كان للانتظار فقد تعارض الحقان فيطلب المرجح والاصل عدم تحتم الاختيار ولو اسلم
تحت العبد المشرك اربع اماء ثم اعتقن قبل اسلامه كان لهن الفسخ فان لم يسلم بن بالاختلاف
من حين اسلامه وظهر فساد الفسخ ويكملن عدة الحرائر وان اسلم في العدة بن بالفسخ ولو اخرن

الفسخ

الفسخ حتى اسلم كان لهن الفسخ لانهن تركنه اعتمادا على الفسخ بالاختلاف كالمطلقة رجعيا اذا اعتقت وا خيرت
الفسخ اذا كان تحت العبد المشرك اربع اماء مدخول بهن فاسلمن ثم اعتقهن قبل اسلامه فقد حكم المص بان
لهن الفسخ نظرا الى ان كل امة اعتقت تخيرت في النكاح لكن يرد عليه ان هذا الفسخ انما يكون مع بقاء
النكاح ومن الممكن ان لا يسلم في العدة فيكون النكاح قد انقطع باختلاف الدين وقد سبق المص تردد في
نظير هذه المسئلة وهي قوله ولو اختار فسخ المسلمات الى اخرها ويمكن الجواب بان الاصل بقاء النكاح فيجوز
انشاء الفسخ ويقع مراعى ولا باس بذلك فعلى هذا فاذا فسخن ينتظر فان لم يسلم في العدة تبين بينونتهن
باختلاف الدين من حين اسلامهن وظهر فساد الفسخ ويكملن عدة الحرائر لانهن حرائر ح وان اسلم في
العدة تبين بالفسخ لبقاء النكاح الى حينه ولو اخرن الفسخ حتى اسلم لم يبطل حقهن منه وان كان فوريا
لانهن تركنه اعتمادا على الفسخ بالاختلاف لانه سبب ظاهر في قطع عصمة النكاح فلا يعد التاخير
معه اهمالا كالمطلقة رجعيا اذا اعتقت فانها لو اخرت الفسخ لم يعد اهمالا ولم يسقط حقها عن الفسخ
فيكون ذلك جوابا من سؤال مقدر وان اسلم في العدة فاخترن فراقه فعليهن عدة الحرائر وان اخترن
نكاحه اختار اثنتين وان اخترن المقام معه قبل اسلامه لم يصح ولم يسقط حقهن من الفسخ عند
اسلامه هذا من شعب المسئلة السابقة وتحقيقه انه اذا اسلم في العدة وقد اخترن الفسخ فاخترن
فراقه فعليهن عدة الحرائر من حين الفسخ وان اخترن نكاحه لم يكن له ان يختار سوى اثنتين لانهن
في وقت ثبوت الاختيار حرائر ولا يسوغ للعبد اربع من حرائر ولو صرحن باختيار المقام معه قبل
اسلامه ولقائل ان يقول انه كما لا يمتنع فسخهن قبل اسلامه ويقع مراعى كذا لا يمتنع اختيارهن المقام
معه قبل الاسلام ويقع مراعى وفي بعض النسخ على اشكال ومنشاؤه من وجود المانع من اختيار
المقام معه وهو الكفر فيقع لاغيا ومن امكان وقوعه مراعى بل هو الظاهر لان عصمة النكاح مستمرة
الى ان يعلم القاطع والذي اراه انه لا فرق بين اختيارهن الفسخ والمقام فكل ما يقال في احدهما يقال
في الاخر مثله ففرق المص بينهما في الفتوى او في الجزم والاشكال لا يخلو من نظر وهنا فائدتان ينبغي ان
تقرا المقام من قوله وان اخترن المقام بضم الميم على انه مصدر ميمي اذ لا موقع له هنا مع الفتح الظاهر ان
مراده بقوله وان اسلم في العدة فاخترن فراقه انهن اخترن الفسخ حتى اسلم ثم اخترن احد الامرين
وظاهر ان العبارة غير وافية بذلك وان نظمها غير حسن وقوله وان اخترن المقام معه قبل اسلامه
شعبة اخرى من شعب المسئلة هي مقابل تعجيل الفسخ قبل اسلامه وهو ظاهر فيكون المذكور ثلث
شعب تعجيل الفسخ قبل اسلامه وهو ظاهر فيكون المذكور ثلث شعب تعجيل الفسخ وتعجيل اختيار المقا م

وتاخيرها الى زمان اسلامه   ولو اسلم قبلهن فاعتقهن فان اخترن المقام لم يصح لانهن جاريات الى بينونة فان اخترن الفسخ فلهن ذلك اي لو كان تحت العبد المشرك اربع اماء فاسلم قبلهن ثم اعتقن قبل اسلامهن فان اخترن المقام معه لم يصح وذلك لانهن جاريات الى بينونة لان الفرض انهن وثنيات فلا يصح استدامة نكاحهن للمسلم ومن الجائز ان لا يسلمن في العدة فيقع الاختيار اما اذا اخترن الفسخ فان لهن ذلك لوجود العتق المقتضي له هذا ظاهر مراد المص من هذه العبارة والفرق ليس بجيد لان الفسخ واختيار المقام بمنزلة واحدة لان شرط كل منهما بقاء النكاح فان صح احدهما لزم صحة الآخر وكذا القول في الفساد والقول بوقوع كل منهما مراعى متجه   ولو اسلم الكافر بعد ان تزوج ابنه الصغير بعشر تبعه في الاسلام فان اسلمن اختار بعد البلوغ ويمنع من الاستمتاع ويجب النفقة عليهن لا ريب انه اذا اسلم الكافر تبعه ولده الصغير فلو كان قد زوجه بعشر قبل الاسلام واسلمن مع اسلام الاب فان الزوج يختار اربعا بعد البلوغ لا قبله اذ لا عبرة باختيار الصبي وليس للولي الاختيار هنا قطعا لان طريقه التشهي وللبلوغ امد ينتظر بل ينفق عليهن من ماله لانهن محبوسات لاجله ولا ريب انه يمنع من الاستمتاع بهن لان الزائد على اربع نكاحهن مندفع   ولو اسلم اب المجنون ففي التبعية اشكال فان قلنا به تخير الاب والحاكم لو كان المجنون متزوجا زيادة على اربع اما بان تزوج ثم جن او زوجه من له ولايته عليه لما اسلم الاب ففي تبعية الابن المجنون له في الاسلام اشكال ينشأ من ان السبب المقتضي للتبعية في الصغير وهو سلب عبارته وعدم اهليته لاحكام التكليف قائم هنا فتثبت التبعية ومن ان لحوق الاحكام بالتبعية للغير على خلاف الاصل فان قلنا بالتبعية فالخيار في تعيين اربع الى الاب او الحاكم ان فقدهما فالحاكم لان انتظار الافاقة ضرر منفي بالسنة والفرق بينه وبين الصبي ان للبلوغ امدا ينتظر يقطع بحصوله فيه بخلاف الافاقة وقيل لا ولاية في الاختيار هنا لان طريقه التشهي ولا يطلع عليها الاب ولا الحاكم والاول اصح كالطلاق عن المجنون فانه يتولاه الولي واعلم ان قول المص تخير الاب او الحاكم يريد به عند عدم الاب ولا يريد التخيير بين الاب والحاكم اذا عرفت ذلك فقد يفرق بين من بلغ فاسد العقل وبين من بلغ عاقلا ويتجدد جنونه لان التبعية في الاول تثبت بحكم الاستصحاب بخلاف الثاني

الاختيار اما باللفظ او بالفعل اما اللفظ فصريحه اخترتك او امسكتك او ثبتك او اخترت نكاحك او اخترت تقرير نكاحك او اخترت حبسك على النكاح او اخترت عقدك وما جرى هذا المجرى منجزا على الاقوى   اي فلا يصح معلقا وفاقا للشيخ في المبسوط وهو الاصح لان اختيار بعض الزوجات دون بعض انما يكون بالسبب الموظف شرعا لذلك ولم يثبت كون المعلق سببا فينتفي بالاصل ولانه

يجد

بعيل عن شبه الاختيار لانتفاء الجزم عنه ولان المفهوم من قوله عم امسك اربعًا وفارق سايرهن هو الاختيار
المنجز ويحتمل ضعيفًا الاكتفاء بالمعلق وحكاه الشارح الفاضل قولًا استاذا لمتمسكا بالاصل وبعدم وجود المنافي
لصحته في الكتاب او السنة ويرده ان الاصل عدم ترتيبه لا جوازه ويكفي ذلك في المنافي ولو طلق فهو تعيينه
للنكاح فلو طلق اربعًا صح نكاحهن وطلقن وانفسخ نكاح البواقي وجهه ان الطلاق لا يخاطب به الا
الزوجة لانه موضع لازالة قيد النكاح فالنكاح لازم له لزومًا بينًا يستلزم تصوره بصورته فمتى طلق فقد
اثبت النكاح فاذا طلق اربعًا ثبت نكاحهن وطلقن واندفع نكاح البواقي وفي وجه للعامة انه ليس
تعيينها للنكاح لقوله عم لفيروز الديلمي طلق ايتهما شئت ولو كان الطلاق تعيينًا للنكاح لكان ذلك تعيينًا
لنكاحها عليه وجوابه ان ذلك لو صح فالمراد بالطلاق مجازه وهو مطلق الفراق وليس الظهار والايلاء
اختيارًا على اشكال ينشأ من انهما تصرفان مخصوصان بالنكاح فاشبها لفظة الطلاق فان الظهار وصف بالتحريم
للزوجة على وجه مخصوص والايلاء هو الحلف على الامتناع من وطي الزوجة وهو قول الشيخ رحمه الله عليه ومن ان
الظهار انما هو وصف بالتحريم والايلاء حلف على الامتناع من الوطي وكلا منهما بالاجنبية اليق منه بالزوجة ولان
الظهار ان خوطبت به الزوجة ترتب عليه احكام مخصوصة وان خوطبت به الاجنبية لم يثبت تلك الاحكام لكن
معناه صحيح بالنسبة اليها وفي الايلاء لو حلف على وطي الاجنبية وتزوجها ووطيها كان عليه الكفارة والحاصل
ان نفس المخاطبة بهما لا يستلزم الزوجية فلا يكون احدهما اختيارًا وهو الاصح اما لو قصد الظهار الذي
يترتب عليه احكام يتعلق بالزوجية وكذا الايلاء فانه عين المبحوث عنه فان اختار التي ظاهر منها او الى صحا
ويكون العود عقيب الاختيار وان لم يفارقها ومدة الايلاء من حين الاختيار هذا تفريع على القول الثاني
وهو الذي يتبادر من قوله وليس الظهار والايلاء اختيارًا على اشكال وتحقيقه انه لو ظاهر او الى من احداهن
ثم اختار التي ظاهر منها او الى فقد تبين صحة الظهار والايلاء لانه قد ظهر ان المخاطبة بذلك زوجة ويكون
ابتداء مدة الايلاء من وقت الاختيار ويكون العود عقيب الاختيار لا يتأتى على قولنا من ان العود هو ارادة
الوطي ثم يتأتى ذلك على قول الشافعي وهو ان العود امساكها زوجة بعد الظهار مع قدرته على الطلاق ويمكن
ان يريد بالعود مطالبة الحاكم به او بالطلاق لكن لا ريب انه لا بد من مدة التربص والامهال لان ضرب المدة
انما هو للنظر في اختيار احد الامرين وكذا قوله ومدة الايلاء من حين الاختيار لا يستقيم على ظاهره اذ لا
بد من المرافعة ولعله انما اطلق ذلك اعتمادًا على ما بين في باب الظهار والايلاء والامر في ذلك سهل ولو
قذف واحدة فاختار غيرها وجب الحد وسقط بالبينة خاصة ولو اختارها اسقط باللعان ايضا وجهه
ان قذف الزوجة يوجب الحد ويسقط بالبينة واللعان بشروط واما الاجنبية فان قذفها يوجب الحد ولا

يسقط الا بالبينة والاختيار يحقق الزوجية ويدفع عدمها فاذا اختار المقذوفة تعلق بقذفها احكام الزوجية
ولو طلق او ظاهر او آلى او قذف بعد اسلامه حال كفرهن فان خرجت العدة عليه فلا حكم بل التعزير في القذف
ويسقط بالبينة خاصة وان اسلمن فيها فالاقرب وقوع الطلاق اما الظهار والايلاء فان اختار من اوقع عليها
صح واما القذف فان اختار المقذوفة فعليه التعزير ويسقط باللعان او البينة فان لم يخترها اسقط بالبينة
اذا اسلم الزوجات وتخلف الزوجات وطلق بعضا او ظاهر او آلى او قذف حال كفرهن فان خرجت العدة
فلا حكم للطلاق ولا الايلاء ولا الظهار لانهن بنّ باختلاف الدين حين اسلم واما القذف فيجب عليه التعزير دون الحد
لانه قذف مشركة وله اسقاطه بالبينة دون اللعان لانه قذفها وهي بائن وان اسلمت قبل انقضاء عددهن
فاما التي طلقها فالاقرب وقوع الطلاق عليها ويكون ذلك اختيارا لها ويكون اسلامها كاشفا عن وقوعه في حينه
معلوم مما سبق فان الطلاق لا يواجه به الا الزوجة ووقوعه مراعى لا امتناع فيه والاصل فيه الصحة فلا يحكم
ببطلانه مع امكان الصحة وحكى الشارح الفاضل قولا ولم يذكر قائله انه لا يقع لانه طلاق معلق على شرط وهو
تجدد اسلامها وبطلانه ظاهر لان الشرط الزوجية والاسلام كاشف وقال بعض الشافعية انه ان اختارها
وقع عليها الطلاق وصح ظهارها والايلاء منها والاصح الاول واما الظهار والايلاء فانهما ليسا باختيار كما عرفت
فان اختار التي ظاهر منها او آلى صح ذلك والا فلا واما القذف فان اختار المقذوفة فعليه التعزير لانه قذفها
وهي مشركة وله اسقاطه باللعان او البينة لانها زوجة وان لم يخترها فعليه التعزير ايضا لما سبق وله اسقاطه
بالبينة دون اللعان لانه قذف اجنبية وهنا سؤال وهو انهم مصرحون بكون عدة المختارة انما تبتدئ بالاختيار
ومن ثم تعتد وذلك يستلزم بقاء الزوجية الى حين الاختيار وهذا يستلزم كون المقذوفة زوجة على كل حال
ويمكن الجواب بانها لو كانت زائدة على العدد الشرعي كانت زوجيتها كالرجعية وفي قول المصنف فان خرجت العدة
عليه فلا حكم حذف تقديره فلا حكم لشيء من ذلك او نحوه   وهل تنزل الكنايات منزلة الطلاق في الاختيار؟ فيه
اشكال اقربه العدم وان قصد به الطلاق   لا ريب ان الطلاق لا يقع بالكنايات عندنا لكن هل تنزل الكنايات
منزلة الطلاق في كونها اختيارا اشكال ينشأ من ان الطلاق انما كان اختيارا للدلالة على الزوجية بنفسه
لا كذلك الكناية فلا يكون اختيارا ومن ان الاختيار النفسي هو المقتضي لتقدير النكاح فبأي لفظ اتى به
مما يدل عليه كان كافيا قضاء للدلالة والاقرب عند المصنف العدم لان الاختيار يقتضي ثبوت زوجية بعض
دون بعض ويترتب على ذلك احكام شرعية فلا تثبت بمجرد اللفظ المحتمل حتى انه لو قصد بالكناية الطلاق
لا يكون اختيارا عندنا لان الطلاق لا يقع بالكناية فلا يحصل بها لازمه وهو الفسخ واما العامة القائلين
بوقوع الطلاق بالكناية فلا كلام عندهم في حصول الاختيار بها سواء قصد بها الطلاق ام لا فان قيل الرجعة

تصح بالكناية فالاختيار كذلك بطريق اولى لان الرجعة تفيد ابطال الطلاق والاختيار انما يفيد الزوجية
عن غيرها قلنا الاختيار متضمن فسخ نكاح ما زاد على الاربع فلذلك لم يكتف فيه بالكناية المحتملة فان القصد
النفسي وحده لا اثر له والاقرب ما قربه المص واعلم ان الضمير في قوله به من قوله وان قصد به الطلاق يعود الى
ما دل عليه الكلام السابق وهو ذلك ونحوه اى وان قصد بذلك الطلاق وكذا لو علقه طلاقا مشروطا فقال ل
كلما اسلمت واحدة منكن فقد طلقتها لا شك ان الطلاق المعلق لا يقع عندنا فلو الحق هنا ففي كونه اختيارا
اشكال اقربه العدم كما سبق ولو قال ان دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح او الفراق لم يصح للتعليق
قد سبق ان الاختيار لا يصح معلقا وتزيده بيان انا ان نزلناه منزلة الابتداء كان تعليقه كتعليق النكاح
وان نزلناه منزلة الاستدامة كان تعليقه كتعليق الرجعة ولان الرفع مامور بالتعيين والاختيار المعلق
ليس بتعيين وكما انه لا يفيد تعيين المطلوب فراقها مثل ما ذكرناه ولو رتب الاختيار ثبت عقد الاول
واندفع نكاح البواقي المراد بترتيب الاختيار ان يختار واحدة بعد واحدة الى اخرهن وحكمه ان كل واحدة
اختارها وهي صالحة لذلك صح اختيارها الى ان يكمل اربعا ويندفع نكاح البواقي ويلغوا اختيارهن
ولو قال لما زاد على اربع اخترت فراقكن انفسخ عقدهن وثبت عقد الاربع ولو قصد الطلاق فان
قلنا الكناية كالطلاق في الاختيار ثبت عقد المطلقات ولم يطلقن والا فلا لو كان له ثمان فقال لاربع
منهن اخترت فراقكن انفسخ عقدهن وثبت عقد الاربع البواقي مع صلاحيتهن لذلك ولو قصد بذلك
الطلاق كان كناية لان الفراق ليس صريحا في الطلاق فيبنى على ما سبق من تنزل الكناية منزلة الطلاق في
الاختيار فان قلنا انها كالطلاق ثبت عقد المطلقات ولم يطلقن قطعا لان الطلاق لا يقع بالكناية عندنا
فيكون مفاد الكناية على هذا التقدير هو لازم الطلاق وهو الزوجية وان لم نقل بذلك كان اللفظ لاغيا
ولو قال لواحدة طلقتك صح نكاحها وكانت من الاربع لا ريب انه لو طلق واحدة من المذكورات يصح الطلاق
ويكون ذلك اختيارا لها فتكون واحدة من الاربع فيختار من البواقي ثلثا آخر لكن لا يخفى انه يشترط صلاحيتها حينها
للطلاق والاختيار بقي شيء وهو ان المص طلقتك ان المراد ايقاع الطلاق بهذه الصيغة فسياتي ان شاء الله
تع في الطلاق فان هذه الصيغة لا يقع بها الطلاق وان كان المواخذة بذلك على انه اقرار والطلاق بصيغة
اخرى فهو حق ويمكن ان يريد بذلك تطليقة واحدة في الجملة والحوالة في الصيغة الشرعية على ما سياتي
واما الفعل فكالوطي فلو وطي اربعا ثبت عقدهن واندفع البواقي فان وطي الخامسة جاهلين فعليه مهر
المثل حكى المص رحمه الله في التذكرة اختلافا في ان الوطي اختيار ام لا وصحح الشيخ والمص وجماعة بانه اختيار
ويظهر من قوله بعد لو وطي اربعا صح نكاحهن عندنا عدم الخلاف في كونه اختيارا عندنا ووجه العمل بظاهر هـ

الحال وهو انه لا ابطاء الا لمن يختار نكاحها فانه يدل على الرغبة فيها وبظاهر حال المسلم وهو صيانته عن الزنا ولهذا
عد الوطي في بيع الامة بشرط بيع الامة بشرط الخيار للبايع فسخا للبيع وكذا الرجعة فانها تحصل بالوطي
عندنا ولا استبعاد في كون الفعل اختيارا لانه استدامة للنكاح ويفتقر في الاستدامة ما لا يفتقر في الابتداء
فعلى هذا لو وطي اربعا ثبت عقدهن وانفسخ البواقي فان وطي الخامسة فانكانا جاهلين فهو شبهة من الطرفين
ويكفي لثبوت مهر المثل بالوطي جهلها ولا يعتبر جهلهما كما تشعر به العبارة ولو انتفى الجهل عن احدهما فهو زان
وهل التقبيل او اللمس بشهوة اختيار اقربه ذلك كما انه رجعة وجه الاقرب ان المعنى المقتضي لكون
الوطي اختيارا قائم فيهما فانهما يدلان على الرغبة في الملموسة والمقبلة وان الاصل في فعل المسلم الصحة وصيانته
عن ارتكاب المحرم فيحمل على ارادة الاختيار كما في الرجعة وليس ذلك قياسا اذ ليس ذلك المراد الحمل عليها
بل التنبيه والتنظير ويحتمل العدم لانهما قد يوجدان في الاجنبية ولان دلالتهما اضعف من دلالة الوطي
وما قربه المصنف اقرب ولو تزوج باخت احديهن لم يصح فهل يكون ذلك اختيارا لفسخ نكاح اختها فيه
اشكال ينشأ من ان العقد على احد الاختين اعم من الاختيار وعدمه ولا دلالة للعام على الخاص
بشيء من الدلالات ومن ان العقد على احديهما مناف لنكاح الاخرى فيكون العقد على الاخت دالا على
ارادة فسخ اختها للتنافي بينهما في امتناع الجمع بينهما وارادة احد المتنافيين يقتضي نفي ارادة الآخر وفيه نكاح
نظر اذ قد يحصل الغفلة عن المنافي الآخر مع ارادة منافيه فيكون بلزم ارادة نفيه وان الاصل في
العقود الصحة فاذا وقع العقد على الاخت وجب الحكم بصحته فيمتنع بقاء نكاح الاخرى لا يقال انما
يجوز العقد على الاخت مع نقص عددهن عن اربع وانما يجوز الفسخ مع الزيادة عليها فكيف يجتمعان
لانا نقول يمكن العقد منعقد لا يقال شرط صحة العقد كون الاخت ليست زوجة فاذا عقد على الاخت
لم يقع صحيحا اذ لم يصادف محلا فيقع فاسدا ولا يحصل به الاختيار لانا نقول لا نمنع صحته وحصول
الفسخ كما في بيع البايع ذا الخيار وبيع المدبر والموهوب من الواهب حيث يجوز الرجوع في الهبة وقد
يتصور فرض المسألة فيمن انشأ العقد على الاخت معتقدا صحته قاصدا بذلك فسخ نكاح الاخرى وفي كونه
فسخا تامل لانه بنفسه لا يقتضيه والارادة وحدها لا اثر لها وللتردد في ذلك مجال ولو قال لاحضرت
المختارات في ست انحصرت هذا اذا عين الست والا كان لغوا ووجه الانحصار ان ذلك مستلزم لفسخ
نكاح البواقي ويصح الفسخ بما يدل عليه صريحا وبما يستلزمه ولو لحقه اربع وتخلف اربع فعين الاوائل
للنكاح صح ولو عينهن للفسخ لم يصح ان كان الاواخر وثنيات والاصح يحتمل الوقف وجه صحة تعيين
الاوائل للنكاح ظاهر فانهن مسلمات لا مانع من تعيينهن وكذا لو عينهن للفسخ والاواخر كتابيات

لان استدامة نكاح الكتابية جايز وكذا اختيارهن على المسلمات على الاصح كما سبق فاما اذا كان الاواخر وثنيات
فان في تعيين الاوايل للفسخ وجهين احدهما البطلان لانه لو صح لوجب ان يترتب عليه اثره وهو بينونة
المسلمات وبقاء النكاح الوثنيات والتالي باطل قطعا فان الوثنية يمتنع نكاحها للمسلم بيان الملازمة ان
الفسخ المتعلق لما زاد على اربع اما الربع فنكاحهن لازم قطعا وليس بعد المسلمات الا الوثنيات وفيه
نظر لان الفسخ يجوز ان يقع مراعى وينكشف صحته باسلام الوثنيات في العدة فيكون صحيحا بحسب الواقع
يترتب عليه اثره وانكشافه عندنا يتحقق باسلامهن ولان ظاهر قوله عم امسك اربعا وفارق سايرهن
يقتضي وقوع الفرقة في الحال وهو ممتنع في الفرض المذكور لان امساك الوثنيات ممتنع وفيه نظر لان الفرقة
قد تحصل في الحال ويصح نكاح الوثنيات وينكشف باسلامهن في العدة والحاصل ان الفسخ كما يحتمل
صحته وبطلانه على وجه الجزم كذا يحتمل التوقف في الحكم باحدهما لخفاء الشرط وهاهنا كذلك فان شرط صحة
الفسخ كون البواقي ح زوجات كما ان شرط فساده انتفاء زوجيتهن والمانتين بقاء زوجيتهن وانفسا خها
باسلامهن في العدة وعدمه فوجب ان لا يحكم باحد الامرين الى ان يحصل الكاشف وهذا هو الوجه الثاني
وهو الذي اراده المص بقوله ويحتمل الوقف وهو الاصح لامتناع الحكم باحدهما مع خفاء شرطه فان قيل الفسخ
الواقع ح متردد فيه فيمتنع صحته قلنا لا التردد لان الاصل بقاء الزوجية والمانع عنه معلوم الحصول ولو
عين المتخلفات للفسخ صح وللنكاح لا يصح الا ان جوزنا الوقف اي لو عين في المسئلة المذكورة المتخلفات
للفسخ صح لصحة نكاح الاوايل بخلاف ما لو عينهن للنكاح فانه لا يصح لانهن وثنيات فلا يصح اختيار نكاحهن
نعم لو جوزنا الوقف وهو وقوع التعيين مراعى لم يمتنع تعيينهن للنكاح وينكشف صحته وفساده بالاسلا م
وعدمه ولو اسلم ثمان على الترتيب فخاطب كل واحدة بالفسخ عند اسلامها تعين للفسخ الاربع
المتاخرات وعلى الوقف المتقدمات وجه الاول ان فسخ الاربع الاول وقع باطلا لامتناع اختياره
الوثنيات فصح فسخ الاربع الآخر ووجه الثاني ان الفسخ للاول وقع مراعى وقد انكشف صحته باسلام
الآخر فتعين للنكاح المتاخرات ويجب الاختيار وقت ثبوته فان امتنع حبس عليه وان اصر عزر
لا ريب انه متى ثبت للمكلف الاختيار بالنسبة الى جميع الزوجات اما بان اسلم جميعهن او كن كتابيات
او اسلم البعض والبعض الآخر كتابيات وجب عليه الاختيار والاصل فيه قوله عم لغيلان ابن سلمة
الثقفي امسك اربعا وفارق سايرهن والامر للوجوب ولانه لو لم يختر لكان متمسكا بنكاح الجميع بعد
الاسلام والتالي باطل فان المسلم كما لا يجوز له ان ينكح اكثر من اربع كذا لا يجوز له استدامة نكاحهن ولان
حق الاستمتاع ثابت للزوجات وهو ممتنع قبل الاختيار فان امتنع حبسه الحاكم فان اصر اخرجه وعزره

وبجبره بما يراه من الضرب وغيره فان فعل والا رده الى الحبس والضرب حتى يختار وكذا من وجب عليه دين حال
وكان له مال يعرف الحاكم به وهو يبيته ويمنعه ولا مال له سواه فان الحاكم يجبره على قضاء الدين فان فعل والا
اخرجه وعزره ولا يزال يخرجه ويعزره حتى يقضي الدين والمولي اذا امتنع من الفئة والطلاق يجبره الحاكم
كذلك ولا يطلق عليه عندنا وذهب بعض الشافعية الى ان المامور بالاختيار اذا امتنع يحبس لا يعزر على
الفور فلعل عليه في التعيين فكرا واقرب معتبر فيه مدة الاستتابة   فان مات اعتدت كل واحدة بابعد
الاجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق فالحائل بالابعد من اربعة اشهر وعشرة ايام ومن ثلثة اقراء
والحامل بالابعد من اربعة اشهر وعشرة ومن الوضع   لو مات الزوج قبل التعيين وجبت العدة على
الجميع لان الزوجات لا تتعين منهن فان لم يكن دخل بهن كما لو اسلم على ثمان كتابيات وجب على كل منهن الا   عتدد
باربعة اشهر وعشرة ايام لان كلا منهن يحتمل زوجيتها وان كان قد دخل بهن اعتددن بابعد الاجلين
من عدة الوفاة وعدة الطلاق فالحائل بالابعد من اربعة اشهر وعشرة ايام ومن ثلثة اقراء والحامل
بالابعد من اربعة اشهر وعشرة ايام ومن الوضع فايهما انقضت قبل الاخرى وانما وجب ذلك
لتوقف يقين البراءة عليه فان كل واحدة يحتمل ان تكون مختارة ومفارقة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة
المفارقة عدة الطلاق اذا عرفت ذلك فاعلم ان ابتداء الاشهر من حين الوفاة قطعا واما الاقراء فقد قال
في التذكرة يحتمل الاعتبار من وقت اسلامهما ان اقترنا ومن حين اسلام من سبق اسلامه ان تعاقبا
فيه لان الاقراء انما تجب لاحتمال انها مفارقة وقد انفسخ نكاحها والانفساخ يحصل من ذلك الوقت ولقائل
ان يقول ان الانفساخ انما يحصل من حين المفارقة بالاختيار فلم يتحقق ذلك فينبغي ان يكون ابتداء
عدته من حين الوفاة لامتناع التاخر عنه وانتفاء ما يدل على التقدم عليه لان اسلامهما او اسلام الاسبق
منهما لا يقتضي المفارقة قطعا   ويوقف لهن الربع او الثمن حتى يصطلحن فان طلبت احداهن منه شيئا
لم يعط ولو طلبت خمس دفع اليهن ربع النصيب والست نصفه ولو كانت احداهن مولى عليها لم يكن
لوليها ان ياخذ لها اقل من الثمن ويحتمل القرعة والتشريك   اذا مات الزوج بعد اسلامه واسلام الزوجات
الثمان وقبل الاختيار ففي استحقاق الزوجات من الارث احتمالات ثلثة ذكرها المص   احدها يوقف لهن
نصيب الزوجية وهو الربع مع عدم الولد والثمن معه حتى يصطلحن لان الحق منحصر فيهن ولا طريق
الى معرفة المستحق ولا يتوقع حصوله ولا اولوية لبعض على بعض ويظهر من المص اختيار هذا الاحتمال
ويتفرع على هذا الاحتمال امران   ان احداهن لو طلبت من النصيب شيئا لم يدفع اليها شيء لانتفاء يقين
الاستحقاق لامكان ان لا تكون زوجة وكذا لو طلبت اثنتان او ثلث او اربع اما لو طلبت خمس فانه يدفع

اليهن

لهن ربع النصيب وهو ربع الربع او ربع الثمن لان فيهن واحدة زوجة قطعا والست نصف والسبع
ثلثة ارباع لمثل ذلك   ولو كانت احديهن مولى عليها كما لو كانت صغيرة او مجنونة ففي القدر الذي
يتعين على وليها الصلح به لما زاد الاحتمالان احدهما ربع النصيب فلا يجوز له ان يرضى بما دونه لاحتمال ل
ان تكون زوجة فيكون استحقاقها ربع النصيب فلا يجوز له الرضى بما دونه لوجوب الاحتياط في تصرف
الولي واصحهما عند المص انه يجوز النقص عن الربع لعدم تيقن زوجيتها ولا يجوز النقص عن
لكون النصيب مترددا بين الثمان فكل واحدة صاحبة يد في ثمن وللقائل ان يقول انه لو علم الولي
انه اذا لم يصالح على الاقل فات حظها من النصيب تعين القول بجواز الصلح ح ويمكن الجواب
بان جواز اخذ الاقل ظاهرا وان كان على جهة الصلح لا يكون لازما بحيث يسقط حقها من تتمة الثمن
فللولي ولها بعد الكمال المطالبة بالتتمة وعلى هذا فمختار المص هو المفتى به   القرعة لانه امر مشكل
وقد ورد عنهم عليهم السلام في كل امر مشكل القرعة   التشريك فيقسم بينهن على التساوي لانحصار
الحق فيهن والبيان غير متوقع وهن جميعا معترفات بان الاشكال ثابت في الجميع ولا مزية لبعض على بعض
آخر في الظاهر ولا في الواقع لان المقتضي لزوجية بعض هو الاختيار وبدونه جميعهن سواء
في ذلك وهذان الاحتمالان ضعيفان اما القرعة فلانها انما تجري في الامور المشتبهة ظاهرا مع التعين
في نفس الامر كما لو اشتبه مستحق المال من الشخصين فان احدهما مالك بحسب نفس الامر دون الآخر
فينكشف ما في نفس الامر بالقرعة وكما لو حلف ليطلقن زينب ان كان هذا الطائر غرابا او عمرة ان
لم يكن فان اليمين واقع بالنسبة الى احديهما بعينها والاشتباه انما هو عندنا دون الله سبحانه فانه يعلم حال
الطائر بخلاف ما نحن فيه لانتفاء تعين الزوجات في نفس الامر لان ثبوت الزوجية لبعض دون بعض
انما يكون بالاختيار والله سبحانه يعلم الاشياء على ما هي عليه فالمعين في نفسه يعلمه معينا والمبهم في
نفسه يعلمه مبهما فان قيل انه يعلم من كان يختار على تقدير الاختيار قلنا المقتضي للزوجية التي جبه
للارث هو الاختيار لبعض وذلك منتف فيبقى ابهامه كما انه لو اراد زيد نقل ملكه الى عمرو وعلم الله انه
لو بقي لنقله فان ذلك لا يثمر ملكا لعمرو ولا انتقالا عن زيد واما التشريك فلاستلزامه اعطاء من لا حق
لها لو ورثت من ليست بزوجة بخلاف ما لو تعارضت الدعويان فان اشتراك المدعيين غير معلوم
الانتفاء بخلاف ما نحن فيه فالاقرب الاول ومما قررناه علم ان قوله ويحتمل القرعة والتشريك اي ويحتمل التشريك
عدلا لقوله والوقف لهن الربع او الثمن الخ   ولو كان فيهن وثنيات وغير وثنيات فلا اتفاق كما لو
كان معه اربع وثنيات واربع كتابيات فاسلم الوثنيات ثم مات وكذا لو كن كتابيات فاسلم مع اربع منهن

ما مضى ما اذا قطع باستحقاق الزوجات للميراث فاما اذا كان كل من الامرين محتملا على حد سوا كما اذا
اسلم على اربع كتابيات واربع وثنيات فاسلم الوثنيات واسلم على ثمان كتابيات فاسلم منهن اربع ثم مات قبل
الاختيار فان في وجوب ايقاف النصيب هنا وجهين احدهما وهو مقرب التذكرة انه يوقف لانا لا نعطي
الورثة الا ما يعلم انه لهم فيتوقف الكل كما هو مع الشك كما يوقف الميراث اذا كان هناك حمل واستحقاق
سائر الورثة قدر نصيب الزوجات غير معلوم والشك في اصل الاستحقاق لا يمنع الوقف كمسائل الحمل
والثاني وهو مختاره هنا ان لا يوقف للزوجات شي لان ارثهن غير معلوم لجواز ان يكون الزوجات
الكتابيات ولا يرث الكافر المسلم ويضعف بان الايقاف لا ينافيه الشك في الاستحقاق كما في الحمل فان قلنا
بالاول لم يدفع الى المسلمات نصيب الزوجية حتى يصطلحن مع باقي الورثة للشك في اصل ارث الزوجات
والقول بالايقاف قريب فان نصيب الزوجية دائر بين المسلمات وسائر الورثة ولا ترجيح لبعض على
بعض ولا اصل لواحد من الفريقين بخصوصه يرجع اليه فالحكم بصرفه الى الورثة دونهن تحكم وترجيح
بلا مرجح ولو اسلم الكتابيات بعد الموت قبل القسمة فالاقرب ايقاف الحصة هذا بنا على عدم ايقاف
شي على تقدير ان يكون اربع كتابيات وتحقيقه انه لو اسلم الكتابيات الاربع بعد الموت وقبل قسمة التركة
فالاقرب ايقاف حصة الزوجات ح ووجه القرب ان الكافر اذا اسلم على ميراث قبل القسمة ورث باسلام
الكتابيات قبل القسمة ساوين المسلمات في استحقاق الارث فقطع بان نصيب الزوجية لا يستحقه باقي الورثة
فتعين ايقاعه ويحتمل ضعيفا العدم لان الاسلام قبل القسمة انما يؤثر الارث في غير الزوجة لان ارث الزوجة
منوط بزوجيتها واسلامها معا وفي محل النزاع الاسلام منتف عند الموت والزوجية منتفية بعده بخلاف
غير الزوجية من اسباب الارث فان وصف القرابة لا ينتفي بالموت وليس بشي لان الزوجية ثابتة بعد الموت
للاستصحاب ولثبوت احكامها ومن ثم جاز التغسيل ولم يحرم النظر وقدم الزوج على باقي الورثة في احكام
زوجته كلها والاقرب ما قربه المص ولو اسلمت واحدة فللموقف كمال الحصة اي لو اسلمت واحدة من
الاربع في الصورة السابقة فالموقف كمال الحصة بنا على الايقاف في الصورة المتقدمة ووجهه انه لو اسلمت واحدة
والزوجات اربع كتابيات استحقت كمال نصيب الزوجية من حيث ان الاستحقاق دائر بين الاربع المسلمات
وبين ثلث منهن مع التي اسلمت بعد الموت وبين كل واحدة من الجميع لامكان كونها المختارة مع الثلث الكتابيات
وكذا لو كان معه كتابية ومسلمة فقال احدهما طالق ومات قبل التعيين اي وكذا الايقاف لو كان
مع الزوج الذي اسلم كتابية ومسلمة وطلق احديهما من غير تعيين وقلنا بصحة هذا الطلاق ثم تعين من
شاء ومات قبل التعيين فانه يحتمل ان تكون المطلقة المسلمة والكتابية لا ترث فلا يوقف شي للزوجة

المسلمة

للشك في سبب الارث وهذا احد الوجهين على ما عرفت وعلى الوجه الثاني يجب الايقاف للشك في استحقاق
باقي الورثة النصيب كما شككنا في استحقاق الزوجة اياه فامتنع الترجيح فعلى هذا لا بد من اعتبار
الصلح بين الزوجتين وباقي الورثة ان قلنا بالايقاف الى الصلح في المسألة المذكورة اولاً وسيأتي ان شاء الله تع
في الطلاق ان مثل هذا التطليق لا يجزي فقول المص وكذا لو كان معه كتابيات اشارة الى قوله سابقا ولو كان ن
فيهن وارثات وغير وارثات فلا ايقاف   اذا اسلم واسلمن وجب نفقة الجميع حتى يختار اربعاً فيسقط
نفقة البواقي وكذا لو كن كتابيات وجبت النفقة وان لم يسلمن وكذا لو اسلمن او بعضهن وهو على كفره وان
انتفى التمكين من الاستمتاع ويشترط عدم النشوز في حال السلطنة عنه كالسكنى   لا ريب انه اذا اسلم الزوج
الكافر واسلمت الزوجات وهو اكثر من النصاب يجب عليه نفقة الجميع استصحاباً للوجوب قبل الاسلام
ولم يوجد ناقل عنه ولانهن محبوسات لاجله ويجب حجره الى زمان الاختيار واذا اختار اربعاً اندفع
البواقي وسقطت نفقتهن وكذا لو كن جميعاً كتابيات ولم يسلمن وكذا لو اسلمن او بعضهن قبله وهو على
كفره وان انتفى التمكين من الاستمتاع في هذه الصور كلها لان المانع من قبله بترك الاختيار في الاولتين
وبترك الاسلام والاختيار في الاخيرة ولان المنع قبل الاختيار شرعي فهو كالمنع من الاستمتاع في حال
الاحرام لكن يشترط عدم النشوز فيما للزوج السلطنة عنه كالسكنى في مكان مخصوص لانه يحال المرأة وعدم م
الخروج من المسكن بدون اذنه لان لذلك دخلاً في التمكين ولا يلزم من سقوط التمكين من الاستمتاع سقوط
ما عداه ولان كل واحدة في كل زمان معرضة لان تكون زوجة بان يختارها فلا بد من ان يكون الاستمتاع
من قبلها لا مانع منه من جهة المسكن وغيره من الامور التي لها تعلق بالاستمتاع كازالة المنفر وما جرى
على هذا المجرى   ومحل نذرها موقوف على اختياره اياها فلو اختار من عداها كان نذرها لازماً وهذا
اصح اذا قلنا بان نذر الزوجة ينعقد وللزوج الحل اذ لا مقتضي للحل ح لزوال الزوجية ولو قلنا
بعدم انعقاده من دون اذنه امكن القول بعدم الانعقاد لانها زوجة وانما اندفع زوجيتها بالاختيار
واعلم ان الضمير في نذرها لا مرجع له في اللفظ لكنه ظاهر   ولو لم يدفع النفقة كان لهن المطالبة بها عن
الحاضر والماضي سواء اسلم او لا   وذلك لان هذه النفقة نفقة زوجية لا تسقط بالفوات بل هي دين لازم
لهن المطالبة به كنفقة سائر الزوجات   ولو اسلم دون الوثنيات لم يكن لهن نفقة لان تفويت الاستمتاع
منهن هذا هو اصح الوجهين وقواه الشيخ ولما كان تفويت الاستمتاع منهن لانه مسبب بالتخلف عن
الاسلام وهو فرض عليهن فاشبه ما اذا سافر الزوج واراد مساعدتها فتخلفت ولانهن منعن انفسهن
بمعصية او منعها بمعنى لا يمكن تلافيه كما لو نشزت والآخر ان لهن النفقة اذا اسلمن في العدة لظهور

اى نذر احدى الزوجات بالبيان للاختيار موقوفا اه ح

انهن قد كن زوجات ولم يحدث شيئا والزوج هو الذي بدل الدين وهو ضعيف لان تخلفه عن الايمان بالاسلام
مع وجوبه هو المقتضي لمنع الاستمتاع وذلك نشوز ومثله ما لو لم تغتسل من الحيض ان شرطنا الوطي بالفعل
ولو تداعيا السبق الى الاسلام قدم الزوج لاصالة برائته هذا تفريع على الوجه الاصح وتحقيقه
انه لو تداعى الزوجان السبق الى الاسلام فادعته الزوجة لتبقى نفقتها وادعاه الزوج لتسقط فان القول
قول الزوج بيمينه لان النفقة انما تجب يوما فيوما وكل يوم يجب عند صلاة الغداة فالاختلاف ح في
اصل الوجوب والزوج ينكره فيكون الاصل معه والزوجة تدعي خلاف الاصل فعليها البينة ويحتمل ان
القول قولها لان النفقة كانت واجبة والاصل البقاء والزوج يدعي المسقط فكان كما لو ادعى عليها النشوز
فانكرت بعد تحقق التمكين ويمكن الفرق بانه مع تحقق التمكين لا شبهة في ان مدعي النشوز مدع لخلاف
ما اذا تحقق المانع من الاستمتاع وهو بقاء احدهما على الكفر فانه لا تمكين ح فاذا ادعت معه كونه غير ناشز
لم يقبل منها الا بالبينة وهذا اذا اتفقا على اسلام احدهما اولا صحيح اما اذا اختلفا في التقدم والتقارن فانه
مبني على تقديم الاصل او الظاهر فيما سيأتي فان قدمنا الظاهر فلا نفقة على ما سبق وان قدمنا الاصل
فالنفقة كما كانت ولو ادعى السبق بالاسلام قبل الوطي فالقول قولها لان الاصل بقاء المهر اي اذا
اختلف الزوجان بعد تحقق اسلامهما انها سبقت بالاسلام قبل الدخول فلا مهر لها وانكرت هي ذلك
وادعت بقاء المهر فان القول قولها بيمينها لان المهر معلوم الثبوت فمدعي المسقط مطالب بالبينة
وليس هذا كما لو اختلفا في السبق بالنسبة الى النفقة لان عدم التمكين هناك متحقق وكونه غير ناشز غير
معلوم فمن ادعى عدم نشوزه طولب بالبينة ولا فرق في ذلك بين ان تكون الزوجة وثنية او كتابية وكذا الزوج
فان اسلام الزوجة اولا قبل الدخول يقتضي الفسخ وسقوط المهر على كل تقدير على ما سبق ولو قالا
سبق اسلام احدنا الآخر ولا نعلم السابق انفسخ النكاح باتفاقهما على السبق المقتضي له كذا ذكره المص
في التذكرة ويجب ان يقيد بكون الزوجة وثنية لانها لو كانت كتابية لامكن تقدم اسلامه فيبقى النكاح على
ما تقدم اسلامه فيبقى ثم المهر ان كانت المرأة لم تقبض منه شيئا لم يكن لها المطالبة به لجواز ان تكون هي
السابقة فيكون قد سقط مهرها فتقف حتى تعلم وان كانت قد قبضته فله المطالبة بنصفه لانه يستحق ذلك
على كل من تقديري تقدم اسلامها واسلامه وتقف النصف الآخر الى ان تعلم الحال وهذا انما هو اذا لم توجب
مع تقدم اسلامه قبل الدخول الا نصف المهر اما اذا اوجبنا الجميع كما سبق في نظايره في الرضاع فليس له
المطالبة بشيء ولو قالت اسلمنا معا فالنكاح باق وقال بل تعاقبنا قدم قوله لبعد التقارن في الاسلام على اشكال منشاه
ما سبق اختلافهما في التقدم لبقاء المهر وعدمه والاختلاف هنا في التقدم لبقاء النكاح وتصويره انه اذا

قال

قالت الزوجة او الزوج اسلمنا معاً قبل الدخول فالنكاح باقٍ وقال الآخر بل تقدم اسلام احدنا وكانت
الزوجة وثنية او اسلام الزوجة ان كانت كتابية فقد انفسخ النكاح قدم قول مدعي التقدم الموجب
للفسخ وقد فرضه المص الزوج على اشكال ينشأ من تعارض الاصل والظاهر فان الاصل بقاء النكاح
وعدم تجدد المفسد والظاهر عدم التقارن لان اتفاق ذلك عزيز نادر فيقدم قول نافيه كما تقدم قول
صاحب اليد ومعارض الاصل والظاهر والبحث في ترجيح ايهما على الآخر اصل معروف بين الفقهاء
يبتني عليه من المسائل ما لا يكاد يتناهى وسيأتي ان شاء الله تع في باب القضاء له مزيد بحث والاكثر
على ترجيح وقد يحتج له بان الظاهر ناقل فيقدم على الاصل لانه مقرر وبان صاحب اليد مقدم وهي
من قبيل الظاهر فاعتباره يشعر بقوة جانب الظاهر في نظر وربما احتج على ترجيح الاصل بانهما
لو اختلفا في السابق الى الاسلام قبل الدخول قدم قول المرأة في بقاء المهر عملا باصالة بقائه وجوابه ظاهر
فان اصالة بقاء المهر لا يعارضها ظاهر بخلاف ما هنا فعلى هذا ترجيح الظاهر قوي ولو قال اسلمت بعد
اسلامي بشهرين فقالت بل بشهر وقال اسلمت بعد العدة فقالت بل فيها قدم قوله وهو تقديم قوله اما في
الاولى فلان الاصل براءة ذمته من النفقة مدة الشهر المختلف فيه والاصل عدم تقدم اسلامها على الوجه
الذي يدعيه واما في الثانية فلان اسلامها في العدة يقتضي استحقاق النفقة لبقاء النكاح والاصل عدمه
وكذا الاصل عدم تقدم الاسلام على انقضاء العدة فان قيل تأخر اسلامها عن العدة يقتضي زوال النكاح
والاصل بقاؤه قلنا بعد ان تحقق اختلاف الدين وانقضاء العدة المقتضي لفسخ النكاح وشك في المانع
وهو اسلامها قبل الانقضاء لم يبق الاصل المذكور فلا يكون متمسكا ولو انعكس الفرض فادعى اسلامه في العدة
بعد ان تقدم اسلامها وادعت كونه بعدها فالظاهر عدم الفرق فيكون القول قولها ولا يعد الفسخ
في الطلقات وان ساواه في المهر وذلك لان عده في الطلقات يقتضي تحريمها بطلقتين معه فذلك تشريع
يتوقف على توقيف الشارع والمهر انما وجب بالعقد لا بالفسخ فلا يلزم من وجوب المهر ونصفه مع
الفسخ كالطلاق مساواته للطلاق في بعض الاحكام فلو اسلم الوثني قبل الدخول وجب نصف المسمى ان
كان مباحا والا نصف مهر المثل ويحتمل المتعة ولو لم يسم مهرا فلها المتعة وان كان بعده وجب المسمى او
مهر المثل على التفصيل لما ذكر ان الفسخ يساوي الطلاق في المهر لكن ذلك على اطلاقه وانما هو اذا
كان بعد الدخول او قبله اذا كان من قبل الزوج بين حكمه ولا ريب ان الوثني اذا اسلم قبل الدخول او الكتابي
انفسخ النكاح اذا كانت الزوجة وثنية على ما سبق وح فان كان المهر المسمى مباحا وجب نصفه لانه فرقة
قبل الدخول فكان موجبا لتنصيف المهر كالطلاق ويشكل بان المهر يجب كله بالعقد على اصح القولين

كما سياتي ان شاء الله تع وتسلطه بالطلاق يثبت بالنص والاجماع والحاق غيره به قياس وقد سبق في الرضاع

ان الفسخ الحاصل به يجب معه جميع المهر وهو المتجه هنا اذا كان المهر مباحا فان كان محرما في شرع

الاسلام كالخمر والخنزير وجب نصف مهر المثل بناء على بطلان المسمى والرجوع الى مهر المثل ان لم تكن قبضت

منه شيئا والا فبالنسبة ويحتمل وجوب المتعة لبطلان المسمى فصارت كالمفوضة وضعفه ظاهر وقد

تقدم في كلام المص اول الباب ان الاقرب وجوب القيمة عند مستحله وانه الاصح فعلى هذا يجب اما القيمة او

نصفها اما لو لم يسم مهرا بل كانت مفوضة فالبحث في وجوب المتعة وان اسلم بعد الدخول وجب المسمى ان كان

مباحا لاستقراره بالدخول فلا يسقط بما يطرأ وان كان غير مباح وجب مهر المثل ان لم تكن قبضت منه

شيئا فان كانت قد قبضت الجميع برئ منه وان قبضت البعض برئ منه ووجب من مهر المثل بنسبة

الباقي على ما سبق بيانه مفصلا والى ذلك اشار المص بقوله على التفصيل فانه يريد على التفصيل الذي

سبق في اول الباب وذكر الشارح الفاضل ان المراد بالتفصيل تقسيم الحال الى كون الاسلام بعد قبضه

المهر كله محللا ومحرما او بعد قبض البعض خاصة او قبل قبض شيء منه والظاهر انه اعم من ذلك

ومن لحظ الكلام السابق في اول الباب علم بادنى تامل ما قلناه وعلى المختار فالواجب انما هو مجموع القيمة

ان لم تكن قبضت شيئا من المحرم والا فبالنسبة ولو اسلمت قبل الدخول سقط ولعله لها المسمى اي اذا

سبق اسلام المرأة قبل الدخول سقط المسمى وينفسخ النكاح وانما يسقط مع كونها محسنة بالاسلام وهي

مامورة به لان الفسخ جاء من قبلها والمهر عوض فيسقط بتفويت العاقد المعقود عليه وان كان معذورا

كما لو باع طعاما ثم اكله وهو مضطر اليه بخلاف ما لو كان الاسلام بعد الدخول فان المسمى بحاله لاستقراره

بالدخول ولو اعترفا بالسبق ولم يعلم ايهما السابق قبل الدخول لم يكن للمرأة المطالبة بشيء من المهر ان لم تقبض

وان قبضته فللزوج المطالبة بنصفه خاصة ثم يوقف على التقديرين حتى يتبين اي لو اعترف الزوجان

وتصادقا بعد اسلامهما على ان احدهما سبق الى الاسلام وقالا لا نعلم السابق بعينه وكان ذلك قبل

الدخول ولا بد من التقييد بكون الزوجة وثنية اذ لو كانت كتابية لبقي النكاح لو كان المسلم الزوج وح فان

النكاح لا ينفسخ لاتفاقهما على ما يقتضي فسخه ثم المهر ان كانت المرأة لم تقبض منه شيئا لم يكن لها المطالبة

بجواز ان تكون هي السابقة فيكون قد سقط مهرها فيقف حتى يعلم لا يقال ثبوت المهر بالنكاح محقق

والاصل بقاؤه والمسقط تقدم اسلامها وهو غير معلوم فيتمسك بالاصل لانا نقول لما طرأ فسخ النكاح

المستند الى تقدم اسلام احدهما وامكن كون المتقدم المرأة لم يبق الاصل كما كان لتكافؤ احتمالي كون السابق

الرجل او المرأة وفيه نظر فان الماء القليل لا يجب اجتنابه لو علم وقوع شيء فيه واحتمل كونه نجاسة وان كانت

قد تقبضه

قد قبضته فله المطالبة بنصفه لانه يستحق ذلك على كل من تقديري تقدم اسلامها واسلامه بناء على تشطره
بالفسخ بالاسلام قبل الدخول ويقف النصف الآخر الى ان يعلم الحال للشك في سبب المطالبة وهو تقدم
اسلامها اذ يجوز ان يكون المتقدم اسلامه ولو اوجبنا الجميع كما سبق في نظائر ذلك في الرضاع فليس له
المطالبة بشيء واراد المصنف بالتقديرين في قوله ثم يوقف على التقديرين حتى يتبين عدم قبضها المهر وقبضها
اياه اي يعلق الحكم بعدم المطالبة في الصورة الاولى وبرجوع الزوج بالنصف خاصة في الثانية
وابقاء النصف الآخر عندها لا الحكم بعدم استحقاقها اصلا وبراءة الزوج في الصورة الاولى واستحقاقها
النصف في الثانية بل يتوقف في ذلك للشك في المقتضي للاستحقاق وعدمه الى ان يتبين الحال وروي
ان اباق العبد طلاق زوجته وانه بمنزلة الارتداد فان رجع في العدة فهو املك بها وان عاد وقد تزو جت
بعد العدة فلا سبيل عليها والطريق ضعيف هذه رواية عمار الساباطي عن الصادق ع قال سألته عن
رجل اذن لعبده في تزويج امرأة فتزوجها ثم ان العبد ابق فقال ليس لها على مولاه نفقة وقد بانت
عصمتها منه فان اباق العبد طلاق امرأته وهو بمنزلة المرتد عن الاسلام قلت فان رجع الى مولاه ترجع اليه
امرأته قال ان كانت قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت غيره فلا سبيل له عليها وان لم تتزوج ولم تنقض العدة
فهي امرأته على النكاح وقد افتى بمضمونها الشيخ في النهاية وكذا ابن حمزة الا انه فرض المسئلة فيما اذا تزوج
العبد بامة الغير باذن السيدين وذهب ابن ادريس الى بقاء النكاح وثبوت النفقة على السيد كما كانت
تمسكا باصالة البقاء واستضعافا للرواية فان عمارا فطحي لا يعول على ما ينفرد به والى مذهبه ذهب المصنف في المختلف واشار ل
اليه هنا بقوله والطريق ضعيف وهو المفتي به يكره العقد على القابلة المربية وبنتها وان تزوج ابنته
امرأته اذا ولدتها بعد مفارقته ولا يكره قبل نكاحها وان تزوج بضرة الام مع غير الاب والزانية قبل
ان تتوب ولو لم يعلم لم يكن له الفسخ ولا الرجوع على وليها بشيء هنا مسائل المشهور بين الاصحاب ان
العقد على القابلة المربية وعلى ابنتها من الولد الذي ربته جائز على كراهة ومنع الصدوق في المقنع وجعلها
كبعض امهاته وفي حديث ان قبلت ومرت فالقوابل اكثر من ذلك وان قبلت وربت حرمت عليه والاصح الاول ل
لنا على الحل التمسك بالاصل وبصحيحة محمد بن ابي نصر عن الرضا ع قال قلت له تتزوج الرجل التي قبلته
فقال سبحان الله ما حرم الله من ذلك احتج ابن بابويه برواية ابي بصير عن الصادق ع قال لا يتزوج الرجل
المرأة التي قبلته ولا ابنتها هي كبعض وبرواية جابر عن الباقر ع قال سألته عن القابلة ايحل للمولود ان ينكحها
قال لا ولا ابنتها هي من بعض امهاته والجواب الطعن في السند اولا ثم الحمل على الكراهة لما رواه ابراهيم بن عبد
الحميد قال سألت ابا الحسن ع عن القابلة تقبل الرجل له ان يتزوجها فقال ان كانت قبلته المرأة والمربية

والثلثة فلا باس وان كانت قبله وكفلته فاني انها نفسي عنها وولدي في حجر آخر وصدقني فان ظاهره الكراهة
يكره ان يتزوج ابنت امراة ابيه من غير الاب اذا ولدتها بعد مفارقة الاب ولا يحرم لرواية عيص بن القسم
عن ابي عبد الله ع قال سالته عن الرجل يطلق امراته ثم خلف عليها رجل بعده ثم ولدت للآخر هل يحل ولد ها
من الآخر لولد الاول من غيرها قال نعم قال وسالته عن رجل اعتق سرية له ثم خلف عليها بعده رجل ثم ولدت
للآخر هل يحل ولدها لولد الذي اعتقها قال نعم وهو شامل لما اذا كان ولد كل منهما ذكرا او انثى ولو قال المص
وتزوج ولده بولد منكوحته الخ لكان اشمل واوفق للرواية ووجه الكراهة ما رواه اسماعيل بن همام قال
ابو الحسن قال ابو محمد بن علي عليهما السلام في الرجل يتزوج المراة ويزوج المراة ابنتها ابني فيفارقها ويتزو جها
آخر بعد فتلد منه بنتا فكره ان يتزوجها احد من ولده لانها كانت امراته فطلقها فصار بمنزلة الاب وكان
قبل ذلك ابا لها ويلوح من ظاهر خبرين اخرين المنع من تزويج الولدين ولدت بعد المفارقة وهما
منزلان على الكراهة كما دل عليه هذا الخبر يكره للرجل ان يتزوج بضرة امه مع غيره لان زوجة الاب
حرام ويدل على ذلك ما رواه زرارة قال سمعت ابا جعفر ع يقول ما احب للرجل المسلم ان يتزوج ضرة كانت
لامه مع غير ابيه وهذا شامل لما اذا كان تزويج ذلك الغير بامه قبل ابيه وبعده يكره التزويج بالزانية
ما لم تتب ولا يحرم للاصل لان الزنا لا حرمة له ولانه لو منع ابتداء النكاح لمنع في الدوام والتالي باطل لما تقدم
من ان الزوجة لا تحرم بالاصرار على الزنا بيان الملازمة اشتراكهما في المقتضي وهو خلاف اختلاط الانساب
وعد ابو الصلاح في المحرمات الزانية حتى تتوب واطلق جماعة لقوله تع الزاني لا ينكح الا زانية او مشركة والزانية
لا ينكحها الا زان او مشرك وحرم ذلك على المؤمنين وان الغرض الاصلي من النكاح التناسل والزنا مفوت
له لانه يقتضي الاختلاط وجوابه ان لا صراحة فيها بتحريم تزويج الزانية لاحتمال ان المشار اليه بقوله سبحانه
وحرم ذلك على المؤمنين هو الزنا وقد قيل ان الآية منسوخة بقوله تع وانكحوا الايامى والاختلاط ممنوع لان
الزاني لا نسب له اذا عرفت ذلك فاعلم انه لو تزوج الرجل بامراة زانية غير عالم ثم علم فانه ليس له فسخ النكاح
بذلك ولا الرجوع بشيء عند اكثر الاصحاب وذهب ابن الجنيد الى ان الزنا قبل العقد وبعده يرد به النكاح
سواء كان من الرجل او المراة وهو متروك وذهب جماعة الى المحدودة في الزنا ترد وسياتي الكلام فيه ان شاء
الله تع واما المهر فقال الشيخ في النهاية انه يرجع به على الولي وليس له فراقها الا بالطلاق ومثله قال ابن ادريس
في المحدودة في الزنا وقد روى عبد الرحمن عن ابي عبد الله ع قال سالته عن رجل تزوج فعلم بعد ما تزوجها
انها كانت زنت قال ان شاء زوجها اخذ الصداق عن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها وان شاء
تركها قال وترد المراة من العفل والبرص والجذام والجنون فاما ما سوى ذلك فلا قال الشيخ في التهذيب

ماحصل

ما حاصله ان هذه الرواية لا تنافي ما ورد من ان المحدودة في الزنا لا ترد من النكاح لان الذي دلت عليه هذه الرجوع
على الولي بالمهر وليس فيها ان رد نكاحها وليس في غيرها ما ينافي ذلك قال المص في المختلف في ايجاب المهر على الولي لي
مع كونه عيبا كما اختاره الشيخ وابن ادريس اشكال ينشأ من ان التضمين انما هو باعتبار تدليس العيب
على الزوج فاذا كان عيبا كما اختاره كان له الفسخ والا لم يكن له المهر وهذا الاشكال في موضعه فالاصح ما
اختاره المص وابن سعيد من عدم الفسخ وعدم الرجوع ويمكن تنزيل الرواية عليهما اذا اشترط البرائة في
العقد عدم سبق الزنا فدلسها الولي فان له الرجوع ح وله الفسخ لفوات الشرط لا لمجرد الزنا فيكون قوله ع
في الرواية واما ما سوى ذلك فلا على ظاهره ويحرم نكاح الشغار وهو جعل نكاح امرأة مهر اخرى فيبطل
المهورة ولو دار بطلا اجمع الاصحاب واكثر العلماء على ان نكاح الشغار باطل وهو بالشين والغين
المعجمتين نكاح كان في الجاهلية وحقيقته تزويج امرأة برجل وجعل نكاح امرأة اخرى لآخر مهرا للاولى
سواء جعل تزويج الثانية مهرا للاولى وهو الذي فيه الدور اولا ومعناه ان يكون بضع المنكوحة ملكا للرجل
بالنكاح وملكا للمرأة الاخرى لكونه مهرا لها فان دار كان ذلك في الجانبين والا كان في احدهما خاصة فيبطل
نكاح المهورة دون الاخرى واصل الشغر الرفع قال في القاموس شغر الكلب كمنع رفع احدى رجليه
بال او لم يبل او فبال والرجل المرأة رفع رجلها للنكاح كاشغرها فشغرت والارض لم يبق بها احد يحميها
ويضبطها فهي شاغرة والشغار بالكسر ان تزوج الرجل امرأة على ان يزوجك اخرى بغير مهر صداق كل
واحدة بضع الاخرى او يخص بها القرائب هذا كلامه وذكر ابن ادريس في السرائر فيه الكسر والفتح واشتقاقه قه
من الشغر وهو رفع الرجل لان النكاح يفضي الى ذلك وسمي به هذا العقد كما قيل في الزنا سفاح لان الزانيين
يتسافحان الماء اي يسكبانه والماء هو النطفة ومن هذا قول زياد لبنت معاوية زوجة ابنه وقد تطاولت
عليه وافتخرت فشكاها الى ابيه زياد فدخل عليها وضربها اشغرا وفخرا ولان هذا النكاح يتضمن رفع المهر
او هو من قبيل شغر البلد اذا خلا من القاضي والسلطان لخلوه من المهر والاصل في تحريمه ما روي من طرق
العامة والخاصة ورواه نافع عن ابن عمر ان النبي ص نهى عن الشغار والشغار ان تقول زوجتك بنتي
على ان تزوجني بنتك على ان يكون بضع كل واحدة منهما مهر الاخرى قال الشيخ في الخلاف ان كان هذا التفسير
من النبي ص وهو الظاهر فانه ادرجه في كلامه فهو نص وان كان من الراوي وجب المصير اليه لانه اعرف بما نقله
واعلم بما سمعه من النبي ص وفي حواشي شيخنا الشهيد انه في المهذب واسند عن النبي ص احدهما لا شغار في الاسلام م
وفي الاخرى انه ع نهى عن الشغار وزعم ان في طريقهما ضعفا وقال الظاهر بيننا العمل بهما وذهب ابو حنيفة
وجماعة الى صحة النكاح المذكور وبطلان المهر والنص حجة عليه ولو زوج كل من الوليين صاحبه على م

معلوم صح لوجود المقتضي وانتفاء المانع لسلامته عن جعل البضع مهراً المفضي الى علم المهر ولو شرط كل منهما تزويج الاخرى له بمهر معلوم صح العقدان وبطل المسمى لانه شرط معه تزويج وهو غير لازم والنكاح لا يقبل الخيار فيثبت مهر المثل وكذا لو زوجه وشرط ان ينكح ابنته ولم يذكر مهراً البحث الثاني في هذا الباب عن مسائل ان ينكح كل من الوليين الآخر امرأة ويشترط عليه في العقد نكاح الاخرى على ان يكون بضع كل منهما مهراً للاخرى او احديهما وقد سبق بطلان ذلك الصورة بحالها لكن جعل البضع جزء المهر وسيأتي ان شاء الله تعالى ان يزوجه جاريته على ان يزوجه الآخر بنته وتكون رقبة الجارية صداقاً للبنت وسيأتي ان شاء الله تعالى ايضاً ان يزوج كل منهما الآخر فان لم يشترط واحد منهما تزويج الاخرى فقد تقدم صحته ذلك وان اشترطا ذلك فاما ان يذكرا معه مهراً اولا وعلى التقديرين فالنكاح صحيح والمهر المسمى باطل واما صحة النكاح فلانتفاء المقتضي للفساد فانه لا تشريك في البضع هنا بحيث يكون ملكاً للزوج والمنكوحة الممهورة به واما بطلان المسمى فقد علله المصنف بان المسمى شرط معه تزويج ولما كان الشرط مع المسمى لان الشرط من جملة العوض في سائر المعاوضات في اي الجانبين كان من جملة العوض الذي يصير اليه مثلاً الشرط الواقع في البيع من البائع محسوب من الثمن ومن المشتري محسوب من المبيع ولهذا يجعل الثمن في بيع النسيئة ازيد منه في النقد وكذا يجعل البيع سلفاً الثمن فيه ازيد مما لو بيع نقداً ولا ريب ان الشرط وهو التزويج غير لازم لما عرفت فيما تقدم ان العقد اللازم اذا اقترن به شرط صار جائزاً فيكون فائدة الشرط التسلط على الفسخ ويمكن ان يقال ان التزويج لما كان متعلقاً بالنسبة للعاقد وهو المرأة الاخرى لم يكن لازماً اذ لا يلزم بالاضافة اليها شرط الولي المتعلق به فوجب ان يتسلط الآخر على الفسخ لفوات الشرط والنكاح لا يقبل الخيار بوضع الشرع اتفاقاً فيكون الشرط المذكور فاسداً لاقتضائه الخيار فيجب ان يرد الى المسمى ما نقص من المهر لاجل الشرط وذلك القدر مجهول واذا اضيف المجهول الى معلوم صار الكل مجهولاً فيبطل الصداق للجهالة ووجب مهر المثل فان النكاح لا يفسد بفساد الصداق واعلم انه ينبغي ان يقرأ قوله لانه شرط معه تزويج آخر والتزويج المشترط غير لازم ولو قرئ على غير ذلك فسد المعنى وينبغي التنبيه لشيء وهو ان المسمى انما يبطل من الجانبين اذا كان الشرط المذكور من الجانبين اما اذا كان من جانب واحد فانما يبطل المسمى من ذلك الجانب خاصة ولا شك ان اشتراط تزويج الاولى في عقد الثانية بعد تزويجها لا يكاد يعقل الا ان يفرض وقوعه مع علم العاقد بوقوع العقد على الاولى كان يجري العقد مع الوكيل ولو قال زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك على ان يكون نكاح بنتي مهراً لبنتك بطل نكاح بنت الخاطب ولو قال على ان يكون نكاح بنتك مهراً لبنتي بطل نكاح بنته ووجهه معلوم مما سبق فان التي جعل بضع الاخرى مهراً لها نكاحها دون الاخرى وجب فداؤه للخاطب

وجهه

بصيغة اسم المفعول والضمير في قوله بنته يعود الى المتكلم ولا يخفى ان نكاح بنت المخاطب انما يبطل اذا جرى
العقد عليها على وفق الشرط المذكور واكتفى المص بذكر الشرط تنبيها على ان العقد يجري على ذلك ولا فرق بين ان
يكون البضع مهرا او جزءه فلو قال زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك ويكون بضع كل واحدة مع عشرة دراهم
صداقا للاخرى بطلا هذه هي الصورة الثانية الموعود بها اي لا فرق في بطلان النكاح لكونه نكاح الشغار
بين ان يكون البضع في كل من النكاحين او احدهما هو تمام المهر وبين ان يكون جزءه بان يضم اليه ضميمة اخرى
كالعشرة الدراهم فانه اذا تضمن كل من النكاحين ذلك بطلا وان تضمنه احدهما خاصة اختص بالبطلان ولا
يخفى ان النكاح الآخر انما يبطل اذا جرى على وفق الشرط المذكور في العقد المذكور في كلام المص واكتفا المص
به اعتمادا على وقوع العقد الآخر موافقا له فان قيل ليس هذا من نكاح الشغار في شيء لوجود المهر قلنا الواقع
التشريك في البضع من حيث جعل جزء المهر يحقق معنى النكاح المذكور فلو قال زوجتك جاريتي على ان
تزوجني بنتك ويكون رقبة جاريتي صداقا لبنتك صح النكاحان لقبول الرقبة النقل وليس تشريكا فيما تناوله
عقد النكاح ويبطل المهر لانه شرط احدهما في الاخرى ويجب لكل منهما مهر المثل هذه هي الصورة الثالثة التي
سبق ذكره وليست من الشغار في شيء وقد نبه المص على ذلك بقوله وليس تشريكا الخ وتحريرها انه اذا زوج
احدهما الآخر جاريته على ان يزوجه الآخر ابنته ويكون رقبة الجارية صداقا للبنت فان كلا من النكاحين صحيح
اما نكاح البنت فلان المجعول مهرا هو رقبة الجارية وهي قابلة للنقل من مالك الى آخر كسائر المملوكات وليس ثم
تشريك نكاحها اشتمل على شرط التزويج ولا يلزم من بطلان الشرط بطلان النكاح فيبطل الشرط المذكور ويجب
للجارية مهر المثل سواء سمى لها مهرا ام لا واما البنت فانما يجب لها مهر المثل مع تسمية رقبة الجارية اذا حصل مبطل
فان سمى للجارية تسمية صحيحة فالمسمى والنكاح صحيحان فيجب تقييد قوله ويجب لكل منهما مهر المثل ومعنى قوله لا نه
شرط احدهما في الاخرى انه شرط تزويج احدهما في عقد الآخرى وهو ظاهر ولو زوج عبده من امراة
وجعل رقبته صداقا بطل المهر لان الملك يمنع العقد فيبطل المهر ويثبت مهر المثل ويصح العقد لو زوج
السيد عبده من امراة حرة وجعل رقبته صداقا فان المهر يبطل لانه يتضمن ثبوته نفيه فانه لو صح الصداق لدخل
العبد في ملكها والملك يمنع العقد ويقتضي بطلانه فيبطل الصداق ببطلانه فلو صح الصداق لبطل وكلما ادى ثبوته
الى نفيه فهو باطل وسيأتي في كلام المص في الصداق الفاسد بطلان النكاح من اصله ووجهه ان الملك لو عرض
في دوام النكاح لابطله فاذا قارن الابتداء منع الانعقاد لان الابتداء اضعف من الدوام ولان النكاح قد قرن
به ما يضاده فكان كاشتراط الطلاق وفيه نظر لان المانع هو الملك ولم يحصل هنا انما الحاصل الاصداق وربما
كان عزمه للملك لجواز فساده والفرق بين هذا وبين اشتراط الطلاق ظاهر لانه لا ارتباط للنكاح بالصداق فلا

يلزم من بطلانه بطلانه ويصح النكاح ابتداء بغير صداق ومع اشتراط عدمه بخلاف الشرط الذي يرفع
الرضا بالعقد الا به ومتى فسد الصداق خاصة ثبت مهر المثل لا محالة وسياتي كلام في ذلك ان شاء الله تع
ولو شرطت على المحلل رفع النكاح بعد التحليل فالاقرب بطلان العقد والمهر اى لو شرطت المطلقة ثلثا على
المحلل في العقد رفع النكاح بعد حصول التحليل بالوطء اى ان يرتفع النكاح بحيث لا يحتاج الى الطلاق
ففي الصحة قولان ولا ريب في بطلان هذا الشرط لان مقتضى النكاح بقاء العلاقة الى ان يحصل ما يزيله من
طلاق ونحوه مما عينه الشارع فاذا اشترط ارتفاعه بنفسه في وقت معين فقد شرط ما ينافي مقتضاه ويخالف
الحكم الثابت شرعا انما الكلام في بطلان النكاح لاقترانه بهذا الشرط وعدمه قولان اقربهما عندي البطلان لان
التراضي بالنكاح لم يقع بدون التراضي وهو باطل والثاني ينسب الى الشيخ رحمه الله يصح العقد دون الشرط
لانهما شيئان كل منهما غير الآخر فاذا بطل الشرط لم يبطل العقد تمسكا بالاصل اذ لا دليل على البطلان والعقد
غير معلق على هذا الشرط فلا يفوت بفواته وكان وجوده كعدمه واختار في المبسوط الاول وادعى عليه الاجماع
وممن نقل الثاني قولا ابى القسم بن سعيد ولو شرطت الطلاق قيل يصح العقد دون الشرط ولو دخل فلها
مهر المثل اى لو شرطت الطلاق بعد التحليل والقائل بصحة العقد دون الشرط الشيخ في المبسوط ووجهه
معلوم مما سبق والبطلان اقوى في الموضعين وعلى الاول يلزم من فساد الشرط فساد المهر لانه محسوب منه
على ما بيناه فيصير مجهولا فيبطل ويجب بالدخول مهر المثل وعلى ما اخترناه فلو وطئ بهذا العقد كان شبهة
توجب مهر المثل ايضا ولو لم يصرحا به وكان في نيتهما صح العقد والمهر اى لو لم يصرح المحلل والزوجة بالشرط
المذكور وهو الطلاق او رفع النكاح بعد التحليل لكن كان ذلك في نيتهما وقصدهما فالعقد والمهر صحيح لانتفاء
المفسد اذ مجرد قصد المفسد لا يوثر اجماعا ويحل على المطلق في كل موضع يصح العقد مع الدخول ولا
يحل مع بطلانه لما كان التحليل بالوطء انما يحصل اذا كان عن نكاح لم يتحقق الا حيث يكون عقد النكاح
صحيحا فاذا اشترطت احد الشرطين المذكورين او غيرهما فكل موضع يكون العقد صحيحا ولا يخل الشرط بصحته يحصل
التحليل بالدخول على الوجه المعتبر وتحل المطلقة على المطلق وكل موضع يحكم بفساد العقد فالدخول لا يفيد
الحل ويبقى التحريم كما كان فعند القائل ببطلان الشرط خاصة في الصورتين المذكورتين يحصل التحليل بالدخول
دون غيره الوطي في الدبر مكروه وليس محرما اختلف العلماء في وطي المراة في الدبر فقال اكثر الاصحاب
كالشيخين والمرتضى بانه مكروه وهو مذهب مالك من العامة وقال القميون وابن حمزة انه حرام وهو اختيار
اكثر العامة والاصح الاول لنا مع الاصل قوله تع نساؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم انى شئتم وجه الاستدلال ان
كلمة انى للتعميم في المكان بمعنى اين وهو يستدعي تعدد الامكنة يقال اجلس اين شئت وانى شئت اى في

اى مكان

اى مكان شئتم وحيث كان كذلك كانت الآية دليلاً على جواز الاتيان فى الدبر اذ لا يتحقق تعدد المكان الا به لك
ويؤيد هذا ما روى العامة عن ابن عباس ان سبب نزول الآية ان عمر جاء الى النبى صلى الله عليه وآله فقال يا رسول الله
هلكت وحكى وقوع هذا الفعل منه فانزل الله تع هذه الآية قيل ان المراد بالآية التخيير بين اتيان المرأة فى قبلها
من قبلها او بين اتيانها من دبرها فى قبلها كان ولده احول ويؤيده قوله تع نساؤكم حرث لكم اى مزروع ومنبت
الولد ويؤيده ما روى فى سبب النزول من ان اليهود قالوا من اتى امرأته من دبرها فى قبلها كان ولده احول
فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله فقال كذبت اليهود ونزلت وكذا يؤيده قوله تع نساؤكم حرث لكم اى مزروع ومنبت
الولد شبههن بالارض من حيث ان النطفة التى تلقى فى ارحامهن للنسل كالبذر فيكون المعنى لقوله تع فاتوا
حرثكم انى شئتم فاتوهن كما تأتون اراضيكم التى تريدون ان تحرثوها من اى جهة شئتم لا يحظر عليكم جهة
دون جهة اى جامعوهن من اى شق اردتم بعد ان يكون المأتى واحداً وهو موضع الحرث وكذا قوله تع
فاتوهن من حيث امركم الله فان المراد به القبل لان الدبر لم يؤمر به اجماعاً قلنا قد بينا ان المراد بالآية التخيير
بين الامكنة وذلك يقتضى تعددها والاتيان من القبل والدبر فى القبل لا ينافيه اختلاف طرق المكان
والمكان واحد واللائق به كلمة كيف لا كلمة انى وما ذكر فى سبب النزول معارض لما تقدم ولو سلم فلا منافاة
فيه لتعدد المكان لان التخيير فى المكان ينبه على التخيير فى الجهة بطريق اولى وتشبيه النساء بالحرث لا يقتضى
حصر الاتيان فى القبل مع وجود الدال على تعميم المكان فان اتيان الحرث الحقيقى لا ينحصر فى الاتيان للزرع وقوله
تع فاتوهن من حيث امركم الله يقول بموجبه فان الاتيان فى القبل اذا كان واجباً لا ينافى جواز الاتيان فى الدبر
اذ ليس فى الآية ما يدل على الحصر وكانه لما منع سبحانه من الاتيان فى موضع الحيض رفع ذلك المنع بعد الطهر
بقوله سبحانه فاذا تطهرن فاتوهن من حيث امركم الله ثم عمم الاتيان فى الامكنة تحرزاً من توهم منعه ما سوى القبل
ويزيد ذلك قوة ما روى ان مالكاً قال ما ادركت فى احد اقتدى به فى دينى يشك فى ان وطى المرأة فى دبرها حلال
ثم قرأ هذه الآية وقد روى الاصحاب للجواز عدة اخبار منها صحيحة عبد الله بن ابى يعفور قال سألت
ابا عبد الله عم عن الرجل يأتى المرأة فى دبرها قال لا بأس به ومنها ما رواه ابن ابى يعفور ايضاً قال سألت ابا
عبد الله عم عن الرجل يأتى المرأة فى دبرها قال لا بأس اذا رضيت قلت فاين قول الله فاتوهن من حيث امركم الله
قال هذا فى طلب الولد فاطلبوا الولد من حيث امركم الله ان الله تع يقول نساؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم انى شئتم
ومنها ما رواه صفوان عن الرضى عم انه سأله للرجل ان يأتى امرأته فى دبرها قال نعم له ذلك قال قلت وانت
تفعل فقال انا لا نفعل ذلك ومنها ما رواه موسى بن عبد الملك عن رجل قال سألت ابا الحسن الرضا عم عن اتيان ٥
الرجل المرأة من خلفها فقال احلها من كتاب الله تع قول لوط هؤلاء بناتى هن اطهر لكم وقد علم انهم لا يريدون

الفجر وفي دلالة هذه بحث وغير ذلك من الاخبار الكثيرة احتج المانع بما رواه سدير قال سمعت ابا عبد الله ع
يقول قال رسول الله ص محاش النساء على امتي حرام والمراد بالمحاش الادبار وقريب من هذا ما رواه هاشم
وابن بكير عن ابي عبد الله ع وفي رواية معمر بن خلاد عن ابي الحسن ع تفسير الآية السابقة وهي قوله سبحانه
فأتوا حرثكم انى شئتم بان المراد بها الاتيان من خلف او قدام لا الاتيان في الادبار والجواب عن الخبرين الاولين
انهما ضعيفان قال الشيخ في التهذيب انهما شاذان منقطعا الاسناد مرسلان فلا يعارضان الاخبار المسندة
ومع ذلك فيمكن حملهما على الكراهة الشديدة فان هذا الفعل وان لم يكن حراما الا انه مكروه كما دل عليه قوله
ع في رواية صفوان انا لا نفعل ذلك وفي رواية انهي عند اهلي من خواص اصحابي ويمكن حملهما على التقية
لان اكثر العامة منع من ذلك واما الخبر الثالث فليس فيه تفسير الآية وسبب نزولها وليس فيه تصريح
بالمنع وقد تقدم في الاخبار السابقة تفسيرها بخلاف ذلك فلعله خرج مخرج التقية ولو سلم ارادة ظاهره
لم يكن في الآية دليل على المنع فتبقى الاخبار الدالة على الجواز بغير معارض ولا ريب انه يجوز التلذذ بما بين
الاليين والايلاج في القبل من جانب الدبر ونحو ذلك من الاستمتاعات   وهو كالقبل في جميع الاحكام
حتى ثبوت النسب وتقرير المسمى والحد ومهر المثل مع العقد والعدة وتحريم المصاهرة الا في التحليل واستنطا فيها
في النكاح   الوطء في القبل وهو تغيب الحشفة فيه يتعلق به احكام كثيرة من نقض الطهارة وتحريم الا معها
المشروطة بها وبطلانها لو وقعت كذلك وايجاب الغسل وبطلان الصوم ووجوب الكفارة وغير ذلك مما هو
كثير جدا وهو مذكور في ابواب الفقه وتغيب قدر الحشفة من مقطوعها في القبل كتغييبها والوطء في الد بر
كالوطء في القبل في ذلك كله حتى ثبوت النسب فاذا ولدت زوجته الموطوءة في الدبر على فراشه وكذا الامة استحق
لحوقه به تغليبا للفراش فانه قد يسبق الماء الى الرحم من غير شعوره به وكذا القول في تقرير المهر المسمى في العقد
اللازم حتى لو طلقت الزوجة بعد الوطء في الدبر لم ينتصف المهر وكذا القول في ثبوت الحد من جلد او رجم
وكذا القول في ثبوت مهر المثل لو كان العقد فاسدا وقد وطئ في الدبر وهي جاهلة واستثني من ذلك اشياء
التحليل فانه يحصل بالوطء في القبل ولا يحصل بالوطء في الدبر بالنص والاجماع وكذا القول في الاحصان فان
من لا يقدر الا على الوطء في الدبر لا يعد محصنا فلا يدخله المحصن وكذا الخروج من الايلاء فان فيئة المولي
انما يتحقق بالوطء في القبل وكذا ابطال حصانة الرجل بالنسبة الى القذف فلو اشتهر بالزنا في الدبر كان كما
لو اشتهر بالزنا في القبل في ذلك كله فلو قذفه قاذف لم يجب الحد بل التعزير وهل يستثنى استنطاق البكر
الموطوءة في الدبر على ان وطيها في الدبر لا يكون كوطيها في القبل في وجوب نطقها لو استؤمرت في النكاح
فيه قولان احدهما واختاره المص هنا الاستثناء فلا يعتبر نطقها مع الوطء في الدبر بل يكفي سكوتها

مسئلة

تمسكاً باطلاق النصوص لصدق كونها بكراً والثاني اعتبار نطقها كالقبل لان هذا الحكم ثبت على خلاف الاصل
فان السكوت اعم من الرضا وانما اكتفي به في البكر لانها تستحيي فلم تكلف النطق فاما اذا مارست الرجال فان ذلك
الحياء المانع من النطق يزول فتكلف النطق اقتصاراً على موضع الوفاق وهذا قوي وقد نبهنا عليه فيما سبق
وذكرنا مختار المصنف في التذكرة ولو قطعت الحشفة وابقي من الذكر ما يساويها مقدار فانه يثبت به تحريم ام المفعول
واخته وبنته لو كان ذكراً وحد اللواط على احتمال دون باقي الاحكام   والعزل عن الحرة اذا لم يشترط في العقد
مكروه وقيل حرام وعلى هذا التقدير يجب عليه للزوجة دية ضياع النطفة عشرة دنانير هنا مسئلتان
اختلف الاصحاب في العزل والمراد به ان يجامع فاذا جاء وقت الانزال نزع فانزل خارج الفرج فذهب الشيخ
في النهاية وابن البراج وابن ادريس والمصنف واكثر المتأخرين الى انه مكروه وهو الاصح تمسكاً باصالة الاباحة
وبما رواه محمد بن مسلم قال سألت ابا عبد الله ع عن العزل قال ذاك الى الرجل يصرفه حيث شاء وبما رواه ايضا
محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما ع انه سئل عن العزل فقال اما الامة فلا بأس واما الحرة فاني اكره ذلك الا ان
يشترط عليها حين يتزوجها وذهب الشيخ في الخلاف والمبسوط الى التحريم وهو اختيار المفيد واختاره ابن حمزة
احتجوا بما روي عن النبي ص انه قال في العزل انه الوأد الخفي والمراد بالوأد قتل الولد ولان حكمة النكاح الاستيلاد
ولا يحصل غالباً مع العزل فيكون منافياً لغرض الشارع والجواب عن الرواية بمنع السند مع انه لا دلالة فيها على
التحريم وقد روي عنه ص ما ينافي التحريم والوجه الآخر ضعيف اذ لا يلزم من كون الاستيلاد حكمة النكاح تحريم
العزل ومنافاته للغرض غير ظاهر فان اصل النكاح لا يجب لمجرد الاستيلاد اذا عرفت ذلك فاعلم انه على القول
بالتحريم انما يحرم في الحرة المنكوحة بالعقد الدائم وزاد الشارح الفاضل قولاً آخر وهو ما اذا كان الجماع في الفرج ح.
روى ابن بابويه في الفقيه باسناده عن يعقوب الجعفي قال سمعت ابا الحسن ع يقول لا بأس بالعزل في ستة
وجوه المرأة اذا ايقنت انها لا تلد والمسنة والمرأة السليطة والبذية والمرأة التي لا ترضع ولدها والامة
وفي هذا تنبيه على المنع من العزل لرجاء حصول الولد ومنه يفهم انتفاء المنع لو كان الجماع في غير الفرج واطلاق
الامة يتناول المنكوحة بالعقد وملك اليمين   هل هذا المنع لحق المرأة او لحكمة الاستيلاد يلوح من رواية
محمد بن مسلم الثانية الاول لانه نفي الكراهة اذا اشترط عليها ذلك عند التزويج ويلوح من قول النبي ص العزل
الوأد الخفي الثاني والاول اقوى وبه صرح جمع من الاصحاب   لو اذنت المرأة في العزل ولم تشترط في
العقد فقد صرح جماعة بزوال المنع والكراهة والتعليل بحكمة الاستيلاد وانه وأد خفي يقتضي البقاء وقد
صرح بعض الشافعية ببقاء المنع وان اذنت   ظاهر الرواية انه لا كراهة مع اشتراط العزل في العقد
وهو واضح ان كانت لمحض حقها وجنس الوأد يشعر بخلافه فيمكن ان يكون المنفي الكراهة الشديدة وكلام

الاصحاب في نفي الكراهة بالاشتراط والاذن مطلقا   قال بعض الشافعية انما نقول بالتحريم اذا امتنع على قصد
ان يقع الانزال خارجا تحرزا عن الولد فاما اذا عن له ان ينزع لا على هذا القصد فيجب القطع بانتفاء التحريم
وحض بعض القائلين بتحريم العزل فيه اذا كان في دار الحرب ودعت حاجة الى الوطي   لو عزل عن
زوجته او امته ثم اتت بولد لحقه نسبه اجماعا في الاخبار ما يدل على ذلك وقد يسبقه المني من ان يعلم او عزل
بدون الاذن والشرط فقد صرح الشيخ في النهاية بوجوب الدية عليه للزوجة وهي عشرة دنانير دية الجنين مع
انه ذهب في هذا الكتاب الى ان العزل بدونه انما هو مكروه وهذا مختار المص في هذا الكتاب والتحرير وبه صرح
ابن البراج وبعض المتاخرين من القائل بالتحريم العزل بدون الاذن لا اشكال عنده في وجوب الدية والاصل
في ذلك ما رواه الشيخ في الصحيح عن يونس عن ابي الحسن ع ان امير المؤمنين ع قضى في الرجل يفزع عن عرسه
فيعزل عنها الماء ولم يرد ذلك نصف خمس المائة عشرة الدنانير قال في المختلف ولا امتناع في كراهة ذلك
وايجاب الدية للزوجة ثم قال والوجه الحمل على الاستحباب قلت مورد الرواية غير المتنازع فان موردها ما اذا
انزع الرجل ولا امتناع في ايجاب ذلك على الاجنبي دون الزوج وقد ورد في حديث محمد بن مسلم ان ذلك
الى الرجل يصرفه حيث شاء فالاصح الاستحباب   ويحرم على الرجل ترك وطي زوجته اكثر من اربعة اشهر يدل
على ذلك ما رواه صفوان ابن يحيى انه سال الرضا ع عن رجل يكون عنده المراة الشابة فيمسك عنها الاشهر
والسنة لا يقربها ليس يريد الاضرار بها يكون لهم مصيبة يكون في ذلك اثم بعد ذلك الا ان يكون باذنها وقد نقل
عن عمر سال نساء اهل المدينة لما اخرج ازواجهن الى الجهاد وسمع امراة تنشد ابياتا من جملتها فوالله لولا
الله لا شيء غيره لزلزل من هذا السرير جوانبه عن اكثر ما تصبر المراة عن الجماع فقيل له اربعة اشهر فجعل
المدة المضروبة للغيبة اربعة اشهر   والدخول بها قبل بلوغ تسع سنين فان دخل بها فافضاها حرمت
ابدا والا فلا   يدل على ذلك ما روي عن الباقر ع قال لا يدخل بالجارية حتى ياتي لها تسع سنين او عشر سنين
وعن الصادق ع قال لو طلقها لم تطلق وقيل للقاضي قال رسول الله ص حد المراة ان يدخل بها على زوجها بنت
تسع سنين فان دخل بها قبل ذلك فعل حراما فان افضاها حرمت مؤبدا والا فلا على الاصح وقد سبق
الكلام على ذلك وبيان دليله قبل الفصل الثاني في التحريم المؤبد   ويكره للمسافر ان يطرق اهله ليلا اي
يهجم ياتيهم ليلا روى الشيخ باسناده عن عبد الله ابن سنان عن الصادق ع انه قال يكره للرجل اذا قدم من
سفره ان يطرق اهله ليلا حتى يصبح   الاول في المنقطع وهو سائغ في شرع الاسلام   اجمع اهل الاصحاب
قاطبة على ان النكاح المنقطع وهو نكاح المتعة وانما سمي منقطعا في مقابل النكاح الدائم وانما سمي متعة لان
الغرض منه محض التمتع وكسر الشهوة دون الولد واستدامة المعاشرة كان مشروعا في صدر الاسلام

واتفق

واتفق اهل البيت عليهم السلام على بقاء شرعيته وانه لم ينسخ واخبارهم بذلك متواترة واطبق فقهاء العامة على
انه نسخ مع انهم رووا في كتبهم بقاء شرعيته وان جمعا من اعيان الصحابة والتابعين قائلون بشرعيته وانه لم ينسخ
منهم ابن عباس وان الذي نهى عن المتعة هو عمر بن الخطاب روى ذلك مسلم وغيره من اعيان محدثيهم ورووا ان
عمر قال على المنبر متعتان كانتا في عهد رسول الله ص حلالا انا احرمهما واعاقب عليهما واخبارهم في ذلك كثيرة
واما اصحابنا رضوان الله عليهم فانهم مع اطباقهم على شرعيته قائلون باستحبابه واخبارهم ناطقة بذلك روى ى
ابن بابويه في الفقيه ان الصادق ع قال ليس منا من لم يؤمن بكرتنا ويستحل متعتنا وروى عن صالح عن ابيه
عن ابي جعفر ع قال قلت له للمتمتع ثواب قال ان كان يريد بذلك الله تعالى وخلافا على من انكرها لم يكلمها كلمة الا
كتب الله له بها حسنة ولم يمد يده اليها الا كتب الله له حسنة فاذا دنا منها غفر الله له بذلك ذنبا فاذا اغتسل
غفر الله له بعدد ما مر من الماء على شعره قلت بعدد الشعر قال نعم بعدد الشعر وقال ابو جعفر ع ان النبي
ص لما اسري به الى السماء قال لحقني جبرئيل ع فقال يا محمد ان الله تبارك وتعالى يقول اني غفرت للمتمتعين من
امتك من النساء وفيه قال الصادق ع اني لاكره للرجل ان يموت وقد بقيت خلة من خلال رسول الله صلعم
لم يأتها قلت فهل تمتع رسول الله ص قال نعم وقرأ هذه الآية واذ اسر النبي الى بعض ازواجه حديثا الى قوله
ثيبات وابكارا والاخبار في ذلك كثيرة   الاول العقد والفاظ الايجاب كالدائم زوجتك وانكحتك ومتعتك
بكذا مدة كذا ولا ينعقد بالتمليك والهبة والاجارة والبيع والاباحة وغيرها والقبول كما مر على الرضا كقبلت
ورضيت مطلقا او مقيدا بلفظ الايجاب او بمعناه   عقد المتعة كالدائم من العقود اللازمة من الطرفين
فيعتبر فيه العقد المشتمل على الايجاب والقبول الواقعين بالعربية بغير فصل بكلام اجنبي بينهما او زمان طويل عادة د ه
بالعربية كما سبق تحقيقه في الدائم والفاظ الايجاب ثلثة لا يجزي غيرها عند اكثر الاصحاب زوجتك وانكحتك
ومتعتك ولا خلاف في اجزاء كل منها هنا وان اختلف في اجزاء متعتك في الدائم والفرق ان لفظ التمتع حقيقي
بنكاح المتعة وقد يناقش في قول المص والفاظ الايجاب كالدائم لان المشبه به اصل فيجب ان يكون اقوى ولعله
اراد بالتشبيه الانحصار في ذلك لتطرق توهم الاجزاء بلفظ غير الثلثة لان هذا النكاح شرع للارتفاق فناسبه
زيادة التحقيق فنبه على انه لا يجزي سوى هذه الالفاظ ويستفاد من ذلك رد مقالة المرتضى ان تحليل الامة
عقد متعة فيكون منعقدا بلفظ الحل ولا بد من التعبير عن الزوجة فيقول متعتك نفسي ان كان العاقد
هو المرأة والا وجب تعيينها كما سبق في الدائم سواء ولو كان لرجل عدة بنات فزوج احدهن متعة ثم اختلف
هو والزوج في المعقود عليها وكان الزوج قد راهن فهل يتخير بحسب ما سبق في الدائم عند من يقول بالصحة
يحتمل ذلك ولما لم يكن بد من ذكر المهر هنا والاجل صرح المص بقوله في صورة العقد بكذا مدة كذا وافعل

كما فعل في صورة عقد الدوام وكذا ما سبق بقوله ولا ينعقد بالتمليك والهبة والاجارة والبيع والاباحة وغيرها مثل
الصلح وغيره سواء قصد باحد هذه الالفاظ مدلوله الحقيقي او مجازيه في النكاح قطعا لان العقود اللازمة انما تنعقد
بالالفاظ الصريحة في ذلك الباب دون ما سواها مع ان الامر في الفروج مبني على الاحتياط التام والفاظ القبول كل
ما دل على الرضا بالايجاب كقبلت ورضيت مطلقا اي خاليا من التقييد بشيء او مقيدا اما بلفظ الايجاب مثل
قبلت التزويج اذا كان الايجاب به او قبلت النكاح والايجاب بالتزويج ولا يشترط التقييد عندنا كما سبق به انه
في الدائم   ولو قدم وقال تزوجت فقالت زوجتك صح   الاصل في الايجاب في كل عقد ان يكون مقدما على
القبول لان حقيقته الرضا بالايجاب فلابد من تحققه في نفسه ليمكن الرضا به ولو قدم القبول في شيء من العقود
اللازمة ففي اعتبار ذلك العقد قولان اصحهما العدم واستثنى المصنف وجماعة النكاح فجوزوا تقديم القبول فيه تعويلا
على رواية تقدم ذكرها في اول كتاب النكاح وهي رواية سهل الساعدي ولان الحياء يمنع المرأة غالبا من الابتداء
بالايجاب فاذا ابتدأ هو بالقبول متضمنا لكل ما يطلب وقوع الايجاب عليه من مهر واجل وغيرهما خفت المؤنة
عليها فجاز التقديم لذلك ويبقى الجواز اذا عقد وكيلاها او وليها لقيامه مقامها وقد ادعى الشيخ الاجماع على
الجواز ولا بأس بذلك وان كان اعتبار تقديم الايجاب لا يخلو من قوة لان الاسباب بتوقيف الشارع وقد بينا
فيما سبق ان الرواية لا دلالة فيها على خلاف ذلك   ولابد من صيغة الماضي في الطرفين وقيل لو قال له
اتزوجك بكذا مدة كذا منشئا وقالت زوجتك صح   لما كان لفظ الفعل الماضي اذا وقع انشاء لا يحتمل
معنا آخر سوى ثبوت الفعل في الحال بخلاف لفظ الفعل المستقبل فانه كما يحتمل الثبوت في الحال يحتمله في الا ستقبال
فان بعت مثلا اذا وقع انشاء لا يحتمل الا ايقاع البيع في الحال بخلاف ابيع كان لفظ الماضي صريحا بالاضافة
الى المقصود بخلاف غيره فلذلك تعين للانشاء في العقود اللازمة صيغته ولم يكتف بغيرها اذ لا يعتبر فيها
الا الالفاظ الصريحة في كل باب من الابواب دون غيرها من الفاظ المجاز والكنايات ولما كان النكاح موضع
الاحتياط في نظر الشرع لما عهد شرعا من كمال عناية الشارع في الاحتياط في الفروج كان اولى بهذا الحكم من
غيره وقد خالف جمع من الاصحاب في ذلك فاكتفوا بصيغة المستقبل في الدوام كما سبق وكذا في المتعة
تعويلا على رواية ابان بن تغلب عن ابي عبد الله ع في المتعة كيف اقول لها اذا خلوت بها قال تقول اتزوجك
متعة على كتاب الله وسنة نبيه الى ان قال فاذا قالت نعم فقد رضيت فهي امرأتك الحديث ولان شرعية
المتعة تسهيلا على المكلفين فناسبها التخفيف بتكثير العبارات وفي الدليل ضعف لمنع سند الرواية
وانه يلزم منها خلو العقد عن الايجاب لان نعم في جواب اتزوجك لا يكون ايجابا فانه ولا شيء من العقود اللازمة
كذلك والتسهيل لا يقتضي ذلك بخصوصه ولم يصرحوا بانعقاد المتعة بلفظ الامر لكن القول الذي سبق في

الدوام

الدوام يطرد فيه بطريق اولى والاصح انه لا ينعقد بغير لفظ الماضي   المتعاقدان ويجب كونهما كاملين
واسلام الزوجة او كونها كتابية فيمنعها من شرب الخمر وارتكاب المحرمات واسلام الزوج والايمان ان كانت
الزوجة كذلك ويحرم الوثنية والناصبية المعلنة بالعداوة والامة على الحرة الا باذنها فيقف او يبطل على خلاف
وبنت الاخ او الاخت على العمة او الخالة يبطل اجماعا يشترط كل من المتعاقدين في النكاح المنقطع شروط فيه وكونها
لا يعتد بالنكاح   يجب كونهما كاملين بمعنى انه لا بد من ذلك فلو انتفى وصف الكمال عنهما او عن احدهما لم
يعتد بالعقد الواقع منهما بل كان باطلا سواء كان العاقد الزوجين او وليهما او وكيلهما ويتحقق الكمال بالبلوغ
والعقل والحرية والرشد وقد تقدم تحقيق ذلك كله مستوفى في النكاح الدائم فلا حاجة الى اعادته
اسلام الزوجة او كونها كتابية لكن هذا انما يشترط اذا كان الزوج مسلما اما الكافر فانه لا يمنع من العقد على
الوثنية متعة ولا دواما وان كان ذميا ولو اسلما بعد العقد فهو بحاله وقد سبق فتوى المص في البحث
عن احكام الكفر جواز المتعة بالكتابية والمجوسية ومنع الدوام وظاهر عبارته هنا يقتضي منع المتعة
بالمجوسية حيث اشترط اسلام الزوجة او كونها كتابية وكانه اعتمد على ما نبه هناك فتسامح هنا او   عم
ان المتبادر من قولها فيمنعها من شرب الخمر وارتكاب المحرمات وجوب ذلك عليه مع احتمال ان يريد به
الجواز وكذا عبر معظم الاصحاب وعلى كل من التقديرين اشكال اما على تقدير ارادة الوجوب فلان اهل
الذمة لا يجوز التعرض اليهم فيما يعتقدون حله من المحرمات والمنكرات ما لم يتظاهروا به بل هم مقرون عليه
سواء في ذلك الزوجة وغيرها فكيف يجب منعها من شرب الخمر وارتكاب المحرمات واما على تقدير الجواز فلا   نه
وان جاز له منعها من شرب الخمر لانه مظنة الاسكار المنقص للاستمتاع والمفوت للعفة من حيث انها ح
لا ترد لامس وكذا ما جرى مجراه من الاشياء المستقذرة الا انه ليس له منعها من كل محرم لما سبق وقد
ذكر المص في التذكرة في احكام نكاح الكفار ان للزوج المنع من لبسها جلد الميتة اذا كان له رائحة منتنة
وبدونها اشكال وقد يسال ههنا عن شيء وهو انه ما الذي يراد بالتظاهر هل هو ارتكاب الشيء علانية
بحيث لا يبالي فاعله بمن يطلع عليه ام فعله بحيث يطلع عليه ولو بعض المسلمين وان اعتمد الفاعل
التستر به واخفاءه والذي يلوح من كلامهم هو الاول ولولا ذلك لم يكن للاشكال في كلام التذكرة هنا وجه
اسلام الزوج والايمان اذا كانت الزوجة مسلمة فبالنص والاجماع قال سبحانه وتعالى ولا تنكحوا المشركين حتى
يؤمنوا واما الايمان اذا كانت الزوجة مسلمة مؤمنة فهو اصح القولين عند الاصحاب وقد قدمنا في النكاح
الدائم دليل القولين وتصحيح الاصح منهما واعلم ان المص الجامع بين الاسلام والايمان وان كان اشتراط
الاخص يغني عن اشتراط الاعم لانه حاول التنبيه على اشتراط الاسلام اذا كانت الزوجة مسلمة والايمان اذا

كانت مؤمنة وكانه اراد اشتراط الاسلام اذا كانت الزوجة مسلمة واشتراط الايمان كذلك كون الزوجة
عن وثنية وقد علم هذا من قوله واسلام الزوجة او كونها كتابية وكذا يشترط كونها غير ناصبية معلنة
بالعداوة لاهل البيت عليهم السلام وهذا ايضا معلوم من اشتراط اسلامها او كتابيتها لان الناصب شر
من اليهودي والنصراني وقد روى الفضيل ابن يسار عن ابى عبد الله ع قال لا يتزوج المؤمن الناصبة
المعروفة بذلك وروى فضيل عن ابى جعفر ع قال ذكر الناصب فقال لا تناكحهم ولا تأكل ذبيحتهم ولا
تسكن معهم واعلم ان قول المص المعلنة بالعداوة تفسير للناصبة فان المراد بالناصب من يعلن بعداوة
اهل البيت عليهم السلام وليس كل مخالف ناصبا كون الزوج غير امة لمن عنده حرة الا ان تاذن الحرة لمثل
ما سبق فى النكاح الدائم فان بادر الى العقد بدون اذنها ففى بطلانه من راس او وقوفه على الاجازة
القولان المذكوران سابقا والاصح هناك هو الاصح هنا ان لا تكون بنت الاخ ولا بنت الاخت لمن عنده
العمة او الخالة الا باذنهما فان بادر وعقد بدون الاذن ففى البطلان او وقوفه على اجازتهما القولان السابقان
والترجيح كما سبق ولا فرق بين كون العمة والخالة معقودا عليهما متعة او دواما وكذا الامة لصدق الزوجية
على كل تقدير واعلم ان فى قول المص ولو فسخت الحرة او العمة او الخالة بطل اجماعا تسامحا لان البطلان
لا يترتب على الفسخ الا عند من يقول بوقوع العقد موقوفا دون من يرى بطلانه من راس وكانه اراد
انه لو فسخت احديهن كان بطلان العقد ح محل وفاق واعلم ايضا انه كما يشترط ما ذكر كذا يشترط كون الزوجة
ليست احدى المحرمات عينا او جمعا ولم يتعرض المص الى ذلك اكتفاء بما سبق ويكره الزانية فيمنعها
لو فعل وليس شرطا وعلم استيذان الاب فى البكر والتمتع ببكر ليس لها اب ولا يقتضى لو فعل وليس
محرما قد سبق ذكر الشروط التى لها دخل فى صحة العقد والمطلوب بيان ما له دخل فى كماله وبيانه
فى مباحث يكره التمتع بالزانية فان فعل فليمنعها من الزنا وجوبا كما علم من باب الحسبة وليس شرطا
فى حل المتعة ومنع الصدوق فى المقنع من التمتع بها وقال ابن البراج لا تعقد على فاجرة الا اذا منعها
من الفجور والاصح الاول لنا الاصل وقوله تع واحل لكم ما وراء ذلكم وما رواه على ابن يقطين قال قلت لابى
الحسن ع نساء اهل المدينة قال فواسق قلت فاتزوج منهن قال نعم احتج المخالف بقوله تع والزانية لا
ينكحها الا زان او مشرك وحرم ذلك على المؤمنين ولصحيحة محمد بن اسمعيل بن بزيع عن الرضا ع الى ان
قال فان اتهمتها قال لا ينبغى لك ان تتزوج الا مأمونة ان الله تع يقول الزانى لا ينكح الا زانية او مشركة
والزانية لا ينكحها الا زان او مشرك وحرم ذلك على المؤمنين وبما رواه محمد بن الفضيل قال سألت ابا
الحسن ع عن المراة الحسناء الفاجرة هل يجب للرجل ان يتمتع منها يوما او اكثر فقال اذا كانت مشهورة

بالزنا

بالزنا فلا يمتنع منها ولا ينكحها ولانه لا يؤمن اختلاط المياه والانساب والجواب ان الآية لا تدل على تحريم النكاح
والمشار اليه بذلك يحتمل كونه الزنا او وقد قيل ان نكاح الزانية كان محرما في اول الاسلام ثم نسخ بقوله تعالى
وانكحوا الايامى منكم اما الخبران فانهما محمولان على الكراهة جمعا بين الاخبار على ان الاول لا يدل على ازيد
من الكراهة لان المفهوم من قوله لا ينبغي هو ذلك واما الاختلاط المياه والانساب فدفعه بان الزاني
لا ماء له ومن ثم لم يكن المنع من الزنا شرطا   يكره التمتع ببكر لها اب مع عدم استيذانه اذا كانت بالغة
رشيدة ومنع الشيخ من الافضاء اليها وقوله بالجواز واحتاط ابن البراج بالمنع من العقد عليها الا باذنه
ومنع الصدوق وابو الصلاح من العقد عليها بدون اذنه والاصح الاول لنا انها بالغة رشيدة فيجوز العقد عليها
دائما فيجوز منقطعا لانه احد النكاحين وما رواه سعدان بن مسلم عن رجل عن الصادق ع قال لا باس
بتزويج البكر اذا رضيت من غير اذن ابيها والتزويج صادق على المتعة فيعمها لوقوعه في سياق لا الجنس
المانع برواية ابي مريم عن الصادق ع قال العذراء التي لها اب لا تتزوج متعة الا باذن ابيها وما رواه
ابو سعيد عن الحلبي قال سألته عن التمتع من البكر اذا كانت بين ابويها بلا اذن ابويها فقال لا باس
ما لم يقتض ما هناك لتعف بذلك وجوابه ان الخبر الاول يراد به التي لم تبلغ جمعا بينه وبين غيرها مما مر من
الاخبار الدالة على جواز التمتع بالبكر وان كانت بين ابويها او ان المراد به الكراهة كالذي بعده ويدل
عليه ما رواه حفص بن البختري عن ابي عبد الله ع في الرجل يتزوج بالبكر متعة قال يكره للعيب على اهلها
اذا عرفت ذلك فاعلم انه ينبغي له ان لا يقتضها فان ذلك مكروه جدا لما رواه ابو سعيد القماط عمن رواه
عن الصادق ع قال واتق موضع الفرج ولان فيه عارا عليها وعلى اهلها ولا يحرم ذلك للرواية المتقدمة
ولانها مالكة امرها ومتى صح النكاح ترتب عليه احكامه   يكره التمتع ببكر ليس لها اب لانه اذا كره
مع وجود الاب بدون اذنه فمع عدمه بطريق اولى ولما فيه من الضرر عليها بالعار وقلة رغبة الازواج ح
فيها ورواية حفص السابقة تدل على ذلك فان فعل لم يقتضها لان العيب به اشد وليس محرما لما ذكرناه
في ذات الاب ولا يخفى ان موضع الكراهة ما اذا تمتع بها سرا الا ان يشتهر ان المتعة فلا يكره لانتفاء
المحذور واعلم ان قول المصنف ولا يقتضها لو فعل وليس محرما يتعلق بالمسألتين معا واقتضاض الجارية
وافتراعها ازالة بكارتها   وهو شرط في المتعة خاصة فلو اخل به بطل العقد لما كان العوض الاصلي
من نكاح المتعة هو الاستمتاع واعفاف النفس اشبه شبهه بعقود المعاوضات وقد وقع التنبيه على ذلك
في خبر عبيد بن زرارة لقوله لابي عبد الله ع فانهن مستاجرات وفي خبر محمد بن مسلم حيث قال ابو جعفر ع
وانما هي مستاجرة فلذلك كان ذكر المهر في العقد شرطا لصحته كسائر عقود المعاوضة فلو وقع الاخلا ل

به عمدًا او نسيانًا بطل العقد اجماعًا وفي رواية زرارة عن ابي عبد الله عم لا تكون متعة الا بامرين باجل مسمى
وباجر مسمى وروى اسمعيل بن الفضل الهاشمي قال سألت اباعبد الله عم عن المتعة فقال مهر معلوم الى اجل
معلوم وهذا بخلاف عقد الدوام فانه ليس الغرض منه ذلك فقط بل الغرض الاصلي منه النسل فكان في
شبهه بالمعاوضات اقل وقد سمى الله سبحانه المهر صدقة ونحلة فمن ثم جاز تجريد العقد عنه ولم يكن ذكره
شرطًا والى هذا اشار بقوله وهو شرط في المتعة خاصة ويشترط الملكية والعلم بقدره كيلا او وزنًا او مشا هدة
اى وصفا ولا حد له قلة وكثرة هنا مسئلتان يشترط في المهر ان يكون مما يملكه المتعاقدان فلا يصح العقد
للمسلم على الخمر والخنزير ويشترط كونه مملوكًا للعاقد فلو عقد لنفسه على مال الغير لم يصح لامتناع ان يملك
البضع بمال غيره ولا اثر لرضى المالك بعد العقد وكذا يشترط العلم بقدره بالكيل او الوزن في المكيل والموزون
وبالمشاهدة فيهما وفي غيرهما فلو عقد على صبرة من طعام مشاهدة صح لاندفاع الغرر بالمشاهدة وليس
هذا كالمعاوضات الحقيقية لابتنائها على المكايسة والمغابنة واختصاصها بعدم الاكتفاء بالمشاهدة في عوضها
المكيل والموزون والمعدود بالنص والاجماع والظاهر انه خلاف بين الاصحاب في ذلك هذا اذا كان العوض
حاضرًا ولو كان غائبًا اعتبر وصفه بما يرفع الجهالة فيبطل العقد بدونه للغرر لا تقدير للمهر قلة ولا كثرة
فيجوز العقد على كل ما يعد مالا في العادة كما يصح جعل ذلك عوضًا في البيع والاجارة ولا يصح العقد على
ما لا يتمول عادة كحبة حنطة لان ما لا يتمول يمتنع جعله عوضًا عما يقابل بالمال وروى محمد بن مسلم قال سألت ابا
عبد الله عم كم المهر يعني في المتعة فقال ما تراضيا عليه الى ما شاء من الاجل وقال ابن بابويه ادنى ما يجزى
في المتعة درهم فما فوقه لصحيحة ابي بصير عن الباقر عم قال سألته عن متعة النساء قال حلال فانه يجزى
الدرهم فما فوقه وروى سعيد الاحول عن الصادق عم وقد سأله ادنى ما يتزوج به المتعة قال كف من
بر ولا منافاة فيها لما سبق اما الاولى فظاهر اذ ليس فيها منع لاجزاء ما دون الدرهم واما الثانية فمحمولة على
ان الادنى في العادة ذلك وان كان الادنى منه شرعًا جايزًا فتكون جارية على الغالب جمعًا بينها وبين ما
سلف ويجب دفعه بالعقد فان دخل استقر ان وفت بالمدة وان اخلت ببعضها وضع منه بنسبتها
لما كان هذا النكاح لاحقًا بالمعاوضات ثبت المهر بالعقد لا محالة ووجب دفعه لكن مع تسليمها نفسها
الا ان ثبوته غير مستقر لان استقرار العوض مشروط بتسليم مقابله فان وفت بالمدة بمعنى انها سلمت نفسها
في مجموعها فقد استقر وجوبه فان كانت قد تسلمته فهو حقها والا وجب تسليمه اليها وجوبًا ثابتًا وان اخلت
ببعض المدة وضع من المهر بنسبة ما اخلت به منها الى مجموعها لان مقابلة احد العوضين بالآخر يقتضي
مقابلة الاجزاء بالاجزاء فاذا فات بعض العوضين وجب ان يسقط مقابله من العوض الآخر وروى عمر بن

حنظله

حنظلة قال قلت لابي عبد الله عم اتزوج شهرا بشيء مسمى فياتي بعض الشهر ولا تفي ببعض قال تحبس عنها
من صداقها بقدر ما احتبست عنك الا ايام حيضها فانها لها وهي نص في الباب وقد علم من قوله عم الا ايام
حيضها ان الاخلال لعذر لا يسقط به شيء من الصداق وانما عبر بقوله وضع دون ان يقول قاصها ه
كعبارة النافع لانتفاء المقاصة حقيقة هنا فان اخلالها ببعض العوض اوجب سقوط مقابله من العوض
الآخر ولا يعد ذلك مقاصة كما لا يخفى وينبغي ان يقرا وضع مجهولا لان ذلك يسقط بنفسه لا باسقاط الزوج ح
والضمير في قوله بنسبتها يعود الى المدة وفيه حذف تقديره وضع منه بنسبة ذلك البعض الى المدة فان
كان نصفها فنصف المهر او ربعها فربعه وعلى هذا وذلك ظاهر   ولو وهبها المدة قبل الدخول لزمه النصف
لو وهبها المدة او بعضها جاز قطعا وكان ذلك ابراء لانه اسقاط لما في الذمة فلا يفتقر الى القبول على اصح
القولين كما سبق في الهبة ثم الهبة اما ان تكون قبل الدخول او بعده فان كان قبل الدخول وجب لها نصف
المهر وسقط النصف الآخر كما لو طلق الزوجة الدائمة قبل الدخول دليل ذلك بعد اجماع الاصحاب انها ه
فرقة قبل الدخول فاشبهت الطلاق ومقطوعة سماعة قال سألته عن رجل تزوج جارية او تمتع بها ثم
جعلته في حل وقد قبضته منه فان خلاها قبل ان يدخل بها ردت المراة على الزوج نصف الصداق وجه
الدلالة انه لولا استحقاقها النصف لوجب ان ترد الجميع ولو دخل ثم وهبها الجميع او البعض ففي سقوط ه
شيء من المهر باعتبار ما وهب من المدة نظر ولم اقف للاصحاب على كلام في ذلك والذي يقتضيه صحيح النظر
وجوب الجميع لاقتضاء العقد وجوبه ولم يثبت شرعا ما يقتضي سقوط شيء منه ولو وهبها البعض خاصة
وانقضت المدة ولم يدخل ففي سقوط النصف هنا وجهان وتعبير الاصحاب بالسقوط لا يتناول هذه
الصورة نعم قد يقال لفظ الرواية لا يابى هذه الصورة فانه يصدق انه خلاها قبل الدخول الا ان يدعى المراد
ابانتها قبل الدخول ولا يكون ذلك الا بهبة المدة   ولو ظهر فساد العقد لها بظهور زوج او كونها ه
اخت زوجته او غيرهما فلا مهر ان لم يدخل ولو قبضته استعادته ولو دخل فلها المهر ان جهلت والا فلا وقيل
تاخذ ما قبضته ولا يسلم الباقي ويحتمل مهر المثل   اذا ظهر فساد عقد المتعة بسبب من الاسباب الفساد
اما وجود مانع او فقد شرط فاما ان يكون قد دخل بها او لا وعلى تقدير الدخول اما ان تكون عالمة بالفساد
او جاهلة فان لم يكن دخل بها فلا مهر لبطلان العقد المقتضي لبطلان المسمى فلو كانت قبضته استعادة ه
اذ لا حق لها فيه ولو تلف في يدها ضمنته وكذا ان دخل وهي عالمة بالفساد لانها بغي ولا مهر لبغي اما اذا دخل
وهي جاهلة ففي حكمه قولان للاصحاب احدهما اختاره الشيخ في النهاية ان لها ما اخذت ولا يلزمه ان ه
يعطيها ما بقي ومستنده حسنة حفص بن البختري عن الصادق عم قال اذا بقي عليه شيء من المهر وعلم ان

لها زوجها فما اخذته فهو لها بما استحل من فرجها ويحبس عنها ما بقي عنده ومورد هما ما اذا دفع اليها شيئا فى
دفع الجميع فلا دلالة فيهما على حكمه عليها اشكال فان المدفوع قد يكون قليلا وقد يكون كثيرا فان كانت
مستحقة لشئ فلا يتفاوت استحقاقها بالدفع وعدمه على انها لا استحقاق لها مع العلم بالفساد قطعا لما
قلناه من انها بغي وقيل باستحقاق الجميع ان كانت جاهلة فيدفع اليها ما بقي وعلم استحقاق شئ مع العلم
فيستعاد ما اخذته اختاره المص هنا وفي المختلف والتحرير وغيره ووجهه وقوع التراضي على المسمى وقد
حصل الدخول فاستقر وجوبه ويشكل بامرين   ان مجرد التراضي غير مقتض للوجوب بل العقد الصحيح
وهو منتف هنا   ان التراضي بالمسمى انما وقع بالنسبة الى مجموع المدة فكيف يجب كله في البعض ويحتمل ان
يجب لها مهر المثل لان الوطي المحرم لابد له من عوض والمسمى باطل فيتعين عوض المثل وهذا قوي لكن يجب
تنقيحه بان الواجب هو مهر المثل في المتعة فيعتبر فيه اصلها وجمالها وصفات كمالها حال ما مضى من المدة
التي سلمت فيها نفسها فيجب مهر المثل لتلك المدة متعة وعلى هذا فيمكن تنزيل الرواية على كون المسمى بقدر
مهر المثل والمفروض مقدار قصد المدة الماضية منه مع جهلها بالفساد   وذكره شرط فيه ويشترط
فيه التعيين بما لا يحتمل الزيادة والنقصان ولا يتقدر قلة ولا كثرة ولو اخل به بطل وقيل ينقلب دائما
كما اشترط ذكر المهر في عقد المتعة كذا اشترط ذكر الاجل نظرا الى مقصود هذا النكاح وهو الاستمتاع في
زمان مخصوص وحديث زرارة واسمعيل بن الفضيل السابقان نبهان على ذلك ويشترط ايضا تعيين
الاجل بما لا يحتمل الزيادة والنقصان فلو جعل نهايته قدوم الحاج او ادراك الغلات ونحو ذلك لم يصح ٥
للغرر ولا يتقدر قلة ولا كثرة فيجوز اشتراط زمان قصير وطويل بحسب التراضي اذا كان معينا
مضبوطا وقال ابن حمزة وقدر المدة من طلوع الشمس الى نصف النهار والى سنين متطاولة فان قصد
بذلك التمثيل للقلة والكثرة وهو الظاهر فهو صحيح وان قصد بيان الاول فليس بجيد ولو اخل بذكر
الاجل اصلا ففيه اقوال احدها واختاره المص وهو الاصح انه يبطل والثاني وبه قال الشيخ انه ينعقد
دائما واختاره ابن البراج وابن حمزة وابو الصلاح والثالث وهو اختيار ابن ادريس انه ان كان الايجاب
بلفظ التزويج او النكاح انقلب دائما وان كان بلفظ التمتع بطل العقد لنا ان المتعة شرطها الاجل
اجماعا ولصحيحة زرارة عن الصادق ع لا يكون متعة الا بامرين باجل مسمى واجر مسمى ومثلها مصححة
اسمعيل بن الفضيل الهاشمي عنه ع فاذا اخل به فقد اخل بالشرط فيجب الحكم بالبطلان والا لم يكن شرطا
لا يقال نقول بالموجب ولا يلزم البطلان من راس لان اللازم بطلان المتعة لفوات شرطها لا بطلان اصل
العقد فينعقد دائما لانا نقول اذا بطل كون العقد متعة ولا خلاف في هذه الحالة بذكر الاجل فالدوام ح

عن مقصود

عن مقصوده اصلاً بل المقصود منافيه فاذا بطل المقصود لم يحصل غيره لان العقود تابعة للقصود احتج
الشيخ بان لفظ الايجاب صالح لكل منهما وانما يتمحض للمتعة بذكر الاجل وللدوام بعدمه فاذا انتفى الاول
ثبت الثاني فان الاصل في العقد الصحة والفساد على خلاف الاصل ولموثقة عبد الله بن بكير عن الصادق عم
قال ان سمي الاجل فهو متعة وان لم يسم الاجل فهو نكاح ثابت والجواب ان الصلاحية غير كافية بمجردها فان المتعة
العقد تابع لارادة العاقد والفرض ان المقصود هو المتعة خاصة فاذا فات شرطها بطلت فيمتنع الحمل على
الدوام مع ارادة غيره والاصل مجاز مع عدم الناقل واما الرواية فنقول بموجبها اذ ليس فيها تصريح بانهما ارادا
المتعة واخلا بالاجل بل مضمونها ان النكاح المعقود مع الاجل متعة وبدونه دائم وليس في ذلك دلالة على
ارادة الاجل على انه يمكن ان يكون المراد انه اذا عقد ولم يذكر الاجل ينعقد دائماً بحسب الظاهر اذ لا يقبل
قوله في ارادة المتعة وقول ابن ادريس ضعيف لانه على القول بعدم صحة الدائم بلفظ المتعة يكون البطلان
مع وقوع العقد بلفظ المدة للاخلال بالاجل وعدم ارادة الدوام وانتفاء صلاحية اللفظ له ومع وقوعه بلفظ
النكاح والتزويج لما عدا الاخير وذلك كاف في البطلان من راس   وان عين المبدا تعين وان تاخر
عن العقد والا اقتضى الاتصال به   اي ان عين مبدا الاجل تعين لا محالة لوجوب الوفاء بالعقد ولا
فرق في ذلك بين ان يعينه متصلاً بالعقد او متاخراً عنه اما الاول فظاهر واما الثاني فلانه لا مانع من
تاخره والاصل الصحة فيتمسك به وروى بكار بن كردم قال قلت لابي عبد الله عم الرجل يلقى المراة فيقول لها
زوجيني نفسك شهراً ولا يسمي الشهر بعينه ثم يمضي فيلقاها بعد سنين قال فقال له شهره ان كان سماه وان لم
يكن سماه فلا سبيل له عليها وجه الاستدلال ان الشهر الذي سماه انما يكون له بعد سنين اذا كان متاخراً عن
العقد لا يقال اثر العقد الزوجية فيجب ان يترتب عليه حين وقوعه ويمتنع ذلك مع تاخر الاجل فيكون
مع التاخر فاسداً لان الفاسد ما لا يترتب اثره عليه وايضاً فانه لو صح العقد كذلك لزم جواز عقد الغير
عليها بين العقد والاجل لانا نقول انما يجب ان يترتب عليه اثره بحسب مقتضاه ومع التعيين متاخراً
يجب ان يكون ثبوته كذلك والا لم يكن صحيحاً واما لزوم جواز العقد عليها للغير فيتوجه المنع فيه على الملازمة
تارة لانها ذات بعل وعلى بطلان التالي اخرى اذ لم يقم على المنع في مثل ذلك دليل في الكتاب والسنة والجواز
اظهر ونقل عن بعضهم القول بالمنع وقد بينا ضعفه ولا يخفى انه لو عين اجلاً مجهولاً لبطل العقد للجهالة
وقول الشيخ في النهاية ومتى عقد عليها ولم يكن له عليها سبيل غير صريح في صحة العقد على شهر مجهول لان مقابل
المعين المطلق ولا يلزم ان يكون مجهولاً ثم ان قوله لم يكن له عليها سبيل لا دلالة فيه على صحة العقد حتى انه
يكون نفي السبيل لفساده هذا حكم ما اذا عين الشهر ولو اطلقه فانه ينصرف الى المتصل فيكون متصلاً بالعقد

[illegible] الشهر بعينه مضى عليها من
[illegible] بعد ذلك [illegible] عليها

كما في الاجل في البيع والاجارة ونحوهما ولان العرف جاز بذلك فان المتفاهم من العبارة هو ذلك ولان اثر العقد
يجب ان يترتب عليه حين وقوعه اذا لم يكن ما يمنع ذلك ولان قوله ع في الرواية السابقة وان لم يكن سماه فلا سبيل
له عليها ان اريد به الاطلاق كان دليلا على ما ذكرناه اذ لولا الحكم بالاتصال لوجب بقاؤه اذ لا اولوية لزمان على
آخر فان تركها حتى خرج خرجت من عقده وليها المسمى ووجهه ان المسمى وجب بالعقد ولم يثبت المسقط
شرعا اذ هو اما المفارقة قبل الدخول او امتناعها من تسليم نفسها وكلاهما منتف ولو قال بعض يوم فان
عين كالزوال والغروب صح والا فلا ولو قال مرة او مرتين قيد بالزمان ولا يجوز الزيادة والا بطل لا ريب
انه لو ذكر في العقد اجلا غير معين كبعض يوم ولم يعين ذلك البعض او المرة والمرتين ونحوهما غير مقيدتين
بزمان معين بطل العقد للجهالة وقال الشيخ في النهاية ان العقد ينقلب دائما وهو ضعيف جدا لان ذكر الا جل
اخرجه عن صلاحية الدوام وقد فات شرط المتعة بالجهالة فوجب الحكم بالبطلان وليس هذا كالمجرد العقد
عن ذكر الاجل اصلا فان العقد غير مشتمل على ما يمنع كونه دائما وقول المص ولا يجوز الزيادة معناه اذا عقد
متعة على ان يطاها مرة او مرتين او اربع وقيد ذلك بزمان معين كاليوم واليومين صح العقد ووجب
الوفاء به ولم يجز الوطي ازيد مما عين وقوله والا بطل معناه وان لم يقيد بالزمان بل ذكر المرة والمرتين مجردا
ذلك عن ذكر الزمان بطل العقد من راس ولا ولاية على البالغة الرشيدة وان كانت بكرا على الاقوى قد
سبق ذكر الخلاف في ذلك في احكام الدائم وانه قد قيل بمنع النكاحين للبكر بدون اذن وليها وان كانت
بالغا رشيدة وقيل بمنع المتعة خاصة وان الاصح الجواز مطلقا مع الوصفين ولا يتوقف على اذن الولي
ويلزم ما يشترط في متن العقد اذا كان سائغا ولو قدمه او اخره لم يعتد به ولا يجب اعادته بعده
لو قرنه على راي لا شك ان كل شرط من الشروط السائغة وهي التي لا تنافي مقتضى العقد ولم يرد في
الكتاب والسنة ما يدل على المنع منه يجوز اشتراطه للاصل ولقوله ع المسلمون عند شروطهم والمراد عند به
ويلزم الوفاء به اذا وقع بين الايجاب والقبول ليكون من جملة العقد ويجري عليه كله من الايجاب والقبول
فلو تقدم على العقد او تاخر عنه لم يقع معتدا به اذ ليس محسوبا من جملة العقد الذي يجب الوفاء به انما هو
وينبه على ذلك ما رواه بكير بن اعين عن الصادق ع قال اذا اشترطت على المراة شروط المتعة فرضيت
بها واوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الاول بعد النكاح فان اجازته جاز وان لم تجزه فلا يجوز عليها
ما كان من الشروط قبل النكاح وجه الدلالة ان قوله ع اذا اشترطت على المراة شروط المتعة المراد به شرط
ذلك قبل العقد كما يجري بين الرجل والمراة من الكلام قبل العقد وكذا كل متعاقدين وقوله ع فاردد عليها
شرطك الاول بعد النكاح المراد به اذا حصل الشروع في العقد وجرى الايجاب وقوله ع فان اجازته جاز

المراد به

المراد به حصول القبول منها على هذا الوجه وقال الشيخ في النهاية كل شرط يشرطه الرجل على المراة انما يكون له تاثير بعد
ذكر العقد فان ذكر الشروط وذكر بعدها العقد كانت الشروط التي تقدم ذكرها باطلة فان كررها بعد العقد
ثبتت على ما شرط وحجة الشيخ حسنة عبد الله بن بكير عن الصادق ع قال ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح
وما كان بعد النكاح فهو جائز ويمكن ان يريد الشيخ بالنكاح الايجاب مجازا فلا يجوز مخالفا لما سلف
وعليه يحمل الرواية   لو تراضيا على شيء قبل العقد ثم عقدا ولم يذكراه اما نسيانا او اعتقادا ان ذكره سابقا
كاف عن اعادته في العقد ففي صحته مطلقا تمسكا بعموم اوفوا بالعقود وبطلانه لوقوعه على خلاف القصد
وجهان   ولو شرط الاتيان في وقت دون آخر لزم   وجهه ان ذلك شرط لا ينافي مقتضى العقد لانه قد
يتعلق الغرض بالاستمتاع في وقت دون آخر اما طلبا للاستتار او توفيرا لما يشوش ذلك الوقت على باقي
مطالبه   وكذا المرة والمرات في المعين اي وكذا اشتراط الجماع مرة او مرتين ونحو ذلك في الوقت المعين
لمثل ما سلف ولو لم يعين الوقت بل اطلق المرة والمرتين بطل للجهالة   ويجوز العزل وان لم تاذن ويلحق
به الولد وان عزله ولو نفاه انتفى ظاهرا من غير لعان   هنا مباحث يجوز العزل عن المراة في هذا النكاح
وان لم تاذن قولا واحدا لان الغرض الاصلي منه الاستمتاع دون النسل بخلاف الدوام وفي مقطوعة ابن ابي عمير
قال الماء ماء الرجل يصنع به حيث شاء الا انه ان جاء بولد لم ينكره وشدد في انكار الولد   اذا اتت بولد لحق
به وان عزل لانها فراش والولد للفراش وقد تقدم في مقطوعة ابن ابي عمير التصريح بذلك وقريب منها
رواية محمد بن مسلم عن ابي عبد الله ع قال قلت له ارايت ان حبلت قال هو ولده وترك الاستفصال عن
العزل وعدمه دليل العموم ولا يقدح العزل لان الماء قد يسبق من غير شعور   لو نفى ولد المتعة انتفى ظاهرا
ولم يتوقف على اللعان بخلاف الدوام اجماعا منا ولان فراش المستمتع بها ضعيف لانها كالامة كما في بعض
الاخبار وفي بعضها انها مستاجرة ولا ريب انه لا يجوز له نفيه بمجرد العزل اذا كان لاحقا به لكن لو نفاه انتفى
ظاهرا فلا يجري عليه احكام البنوة ظاهرا وعليه فيما بينه وبين الله تع ان يعمل بما يعلم   ولا يقع بها طلاق
بل تبين بانقضاء العدة ولا ايلاء ولا لعان على راي ويقع الظهار على راي هنا مسائل   لا خلاف بين الاصحاب
في ان المستمتع بها لا يقع بها طلاق بل تبين بانقضاء المدة او بهبتها اياها وفي رواية محمد بن اسمعيل عن ابي
الحسن ع الرضا قال قلت وتبين بغير طلاق قال نعم   لا يقع بها ايلاء على اقوى الوجهين لظاهر قوله تع
وان عزموا الطلاق وليس في المتعة طلاق ولانه من لوازم الايلاء المطالبة بالوطي وذلك في المتعة منتف وبانتفاء
اللازم ينتفي الملزوم ويحتمل ضعيفا الوقوع وهو قول المرتضى لعموم لفظ النساء في قوله للذين يولون من نساءهم

ودفع العموم بقوله تع فان عزموا الطلاق وان عود الضمير الى بعض العام يخصصه لا يقع لعان بنفي الولد الا
للقذف اما الاول فظاهر لان الولد ينتفي بمجرد نفيه قطعا ولا خلاف فيه انما الخلاف في وقوع اللعان للقذف فقال ه
الاكثر كالشيخ وابن الجنيد وابي الصلاح والمحقق والمص لا يقع لصحيحة ابن سنان عن الصادق ع لا يلاعن
الحر الامة ولا الذمية ولا التي يتمتع بها ومثله رواية علي بن جعفر عن اخيه موسى عليهما السلام ومتى ثبت الحكم
في الحر فالعبد كذلك لعدم القائل بالفرق وقال المفيد في الغرية والمرتضى بالوقوع لانها زوجة قطعا للعلم
بانها ليست ملك يمين وحل الوطي منحصر فيهما وكل زوجة يقع بها اللعان لعموم قوله تع والذين يرمون ازواجهم
فان الجمع المضاف للعموم وجوابه ان ذلك في الدائم لان الكتاب يخص بالسنة وقد سلف ذكر المخصص ه
والاصح عدم الوقوع اختلفوا في وقوع الظهار بها فقال الصدوق وابن ادريس لا يقع لاصالة بقاء
الحل ولان للظهار يلزم بالفئة او الطلاق ولا طلاق في المتعة والالزام بالفئة وحدها بعيد واقامة هبة
المدة مقام الطلاق مما لا يستقل الفهم به على ان المستمتع لا حق لها في الوطي فيقع منها المرافعة ويؤيده ه
مرسلة ابن فضال عن الصادق ع قال لا يكون الظهار الا على مثل موقع الطلاق والمبادر المماثلة في جميع
الاحكام وقال الحسن والمفيد والمرتضى واكثر الاصحاب يقع لعموم الاية فان المستمتع بها زوجة لما قدمناه
ولا مخصص في الكتاب ولا في السنة والالزام باحد الامرين على ما وردت به السنة لا يقتضي التخصيص ولم
لا يجوز ان يكون ذلك خاصا بالدائم وكذا المرافعة ويكون اثر الظهار في المستمتع بها وجوب اعتزالها وانتهائها
كما في المملوكة والرواية ضعيفة بالارسال مع انتفاء دلالتها فان المماثلة لا تقتضي العموم والاصح الوقوع
ولا توارث بين الزوجين بها شرطا سقوط التوارث اولا لو شرطاه فالاقوى بطلان الشرط للاصحاب
اقوال في ثبوت التوارث في نكاح المتعة احدها عدم التوارث من الجانبين فلا ترث منه ولا يرث منها سواء
شرطا في العقد التوارث او عدمه او لم يشرطا شيئا منهما صرح بذلك ابو الصلاح وابن ادريس والمص وجماعة
وهو الاصح تمسكا باصالة عدمه فان الارث حكم شرعي فيتوقف ثبوته على توظيف الشارع ولما رواه سعيد
بن يسار عن الصادق ع قال سألته عن الرجل يتزوج المراة متعة ولم يشترط الميراث قال ليس بينهما ميراث
اشترط او لم يشترط وهي نص في الباب وقريب منها رواية محمد بن صالح عن عبد الله بن عمر قال سألت
ابا عبد الله ع عن المتعة قال حلال من الله ورسوله قلت فما حدها قال من حدودها لا ترثك ولا ترثها
وجه الاستدلال بها انه ع نفى التوارث من الجانبين وجعله من حدود المتعة ومقتضياتها فوجب ان لا
يثبت بها توارث مطلقا اما مع عدم الاشتراط او مع اشتراط العدم فواضح واما مع اشتراط الارث
فلانه شرط في مقتضى العقد على ما دل عليه الحديث فوجب ان يكون باطلا الثاني القول بالارث كالدائم حتى

لو شرطا سقوطه بطل الشرط ولا بعد على هذا القول الا انتفاء موانع الارث في النسب كالرق والقتل فيكون
المقتضي للارث هو مطلق العقد اي الماهية لا شي حتى لو شرط فيه عدم الارث بطل الشرط كالدائم وهذا
القول منقول عن ابن البراج ووجهه انها زوجة قطعا فتندرج في آية توارث الزوجين عملا بعمومها
ويضعف بثبوت المخصص فان الاخبار التي لا سبيل الى ردها واردة بعدم التوارث في المتعة وان
المستمتع بها كالامة وانها مستاجرة فكيف يكون العموم متمسكا الثالث القول بالارث اذا لم يشترط
سقوطه فيكون المقتضي للارث هو العقد بشرط لا شي ولو شرطا ثبوته عند هذا القائل لكان
اشتراطا لما يقتضيه العقد وهو اختيار المرتضى وابن ابي عقيل ووجهه عموم الآية فان اشترطا عدمه
سقط العموم لقوله عم المسلمون عند شروطهم ولقول الباقر ع في موثقة محمد بن مسلم في المتمتعين انهما يتوار ثان
ان لم يشترطا وانما الشرط بعد النكاح واجاب الشيخ عن هذا بان المراد به اشتراط الاجل اي اذا
لم يشترطا الاجل توارثا وهذا وان كان خلاف الظاهر الا انه للجمع بينه وبين ما دل على لا يكون الا الخروج
عن الظاهر واما الاستدلال بعموم الآية فقد بينا ما فيه الرابع القول بان اصل العقد لا يقتضي التوارث
بل اشتراطه فاذا اشترط ثبت تبعا للشرط لعموم قوله عم المسلمون عند شروطهم ولحسنة البزنطي عن الرضا ع
في المتعة ان اشترطت الميراث كان وان لم تشترط لم يكن وفي صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق ع
فان اشترطت الميراث على شرطهما وفرع على هذا لو شرطاه لاحدهما واغفلا الآخر فيمكن ثبوته من الجانبين
تغليبا ومن احدهما ولو شرطاه لاحدهما ونفياه عن الآخر فالاشكال مع احتمال بطلان شرط
الارث ويحتمل صحته وثبوت الارث لهما فيبطل اشتراط نفيه عن الآخر والتفات الوجهين الى ان التوارث
متى اقتضت الارث وانتفت موانع الارث المحصورة وجب ان يكون من الجانبين والا انتفى من
الجانبين ولا ريب في ضعف هذا القول لان ما ليس بسبب شرعا لا يمكن جعله سببا بالاشتراط والا
لصح اشتراط الارث بالبيع ونحوه ويمكن تنزيل الرواية بالحمل على ارادة الوصية باشتراط الارث في
عقد المتعة فيكون كالارث لا ارثا حقيقيا واعلم ان قول المص ولا توارث بين الزوجين بشرط سقوط
التوارث اي لا يتضمن رد كل من القول الثاني والثالث وفي قوله ولو شرطاه الخ رد الرابع وقول المص
فالاقوى بطلان الشرط يلوح منه ان العقد لا يبطل وينبغي بطلانه ايضا لان التراضي انما حصل على
ذلك الوجه المحكوم ببطلانه ومع الدخول فانقضاء المدة تعتد بحيضتين فان لم تحض وهي من
اهله فبخمسة واربعين يوما ومن الوفاة باربعة اشهر وعشرة ايام وان لم يدخل اذا دخل الزوج
بها وانقضت مدتها او وهبها اياها فعدتها حيضتان عند الشيخ في النهاية وجمع من المتاخرين فا ٥

كانت فى سن من تحيض ولا تحيض فعدتها خمسة واربعين يوما وكذا قال ابن البراج وقال ابو الصلاح وابن
حمزة عدتها قرءان وقال المفيد وابن ادريس والمصنف فى المختلف عدتها طهران وقال ابن بابويه فى المقنع
عدتها حيضة ونصف وقال ابن ابى عقيل عدتها حيضتان احتج الشيخ برواية محمد بن فضيل عن ابى الحسن
الماضى عم قال طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وسيأتى صحيحة زرارة عن الباقر عم ان على المتمتعة
ما على الامة واحتج ابن بابويه بصحيحة عبد الرحمن ابن الحجاج عن الصادق عم عن المرأة يتزوجها الرجل
متعة الى ان قال فاذا انقضت ايامها وهو حى اعتدت بحيضة ونصف مثل ما يجب على الامة واحتج المفيد
والجماعة بما رواه ليث بن البخترى المرادى عن الصادق عم قال قلت لم تعتد الامة من ماء العبد قال
حيضة وجه الاستدلال به ان الاعتبار بالقرء الذى هو الطهر فبحيضة واحدة يحصل قرءان القرء الذى
طلقها فيه والقرء الذى بعد الحيضة والمتمتع بها كالامة وما رواه عبد الله بن عمر عن الصادق عم قلت فكم
عدتها يعنى المتمتعة قال خمسة واربعين يوما او حيضة مستقيمة والتقريب ما تقدم ولان القرء الطهر كما
سيأتى فى العدد انشاء الله تعالى وعدة المتمتع بها كالامة وعدة الامة قرءان لما رواه زرارة فى الحسن عن الباقر عم
الى ان قال وان كان حر تحته امة فطلاقها تطليقتان وعدتها قرءان وفى صحيحة زرارة عن الباقر عم الى
ان قال وكذلك المتمتعة عليها ما على الامة ولا شك فى قوة هذا القول وامكان الجمع بين الاخبار كلها بالحمل
عليه فان اعتبار الحيضة الثانية او نصف الحيضة من العدة مجاز من حيث اعتبارها فى الجملة لامتناع
تحقق العدة من دونها الا ان قول الشيخ احوط واقرب الى يقين البراءة هذا اذا كانت تحيض وان كانت
فى سن من تحيض ولا تحيض فعدتها خمسة واربعين يوما وقد تطابق على ذلك الاخبار وكلام
الاصحاب وان توفى عنها الزوج اعتدت باربعة اشهر وعشرة ايام سواء دخل ام لا كما فى الدوام والحجة
عموم قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا الاية وصدق الزوجية عليها قبل الدخول وبعده على
حد سواء وصحيحة عبد الرحمن ابن الحجاج عن الصادق عم قال سألته عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم
يتوفى عنها هل عليها العدة فقال تعتد اربعة اشهر وعشرا الحديث وصحيحة زرارة عن الباقر عم قال سألته ما
عدة المتمتعة اذا مات عنها الذى يتمتع بها قال اربعة اشهر وعشرا ثم قال يا زرارة كل النكاح اذا مات الزوج
فعلى المرأة حرة كانت او امة او على اى وجه كان النكاح منه متعة او تزويجا او ملك يمين الحديث والى هذا
القول ذهب الشيخ فى النهاية وابن البراج وابو الصلاح وابن ادريس وقال المفيد وسلار وابن ابى عقيل
والسيد المرتضى تعتد بشهرين وخمسة ايام لرواية مرسلة عن الصادق عم انه سئل عن رجل تزوج امرأة
متعة ثم مات عنها ما عدتها قال خمسة وستون يوما وضعفها ظاهر فلا تعارض ما تقدم وبابعد

الاجلين

الاجلين مع الحمل اي لو كانت حاملاً وقد توفي عنها الزوج اعتدت بابعد الاجلين من اربعة اشهر وعشرة
ايام ووضع الحمل اما اذا كانت الاشهر ابعد فظاهر واما اذا كان الوضع ابعد فلامتناع الخروج من العدة
مع بقاء الحمل والامة في الوفاة بشهرين وخمسة ايام او بابعدهما ان كانت حاملاً اما الحكم الاول فانه ظاهر
كلام الشيخ في تنزيل الرواية المرسلة السابقة على كون الزوجة المسئول عنها امة يقتضي القول به والاخبار د
الصحيحة بخلافه قد تقدمت والاصح الاعتداد باربعة اشهر وعشرة ايام كالحرة وبه صرح ابن ادريس
واما الثاني فانه مبني على الاول وتقريبه يعلم مما سبق ولو اسلم المشرك عن كتابية فما زاد بالعقد المنقطع
ثبت وان لم يدخل وجهه ان نكاح الكفر صحيح وان احكام نكاح الاسلام تجري عليه كل بحسبه واستدامة
نكاح الكتابية دواماً ومتعة جائزة قطعاً ولو اسلمت قبله بطل ان لم يكن دخل وان كان دخل انتظر
العدة او المدة فان خرجت احديهما قبل اسلامه بطل العقد وعليه المهر وان بقيتا فهو املك قد علم
غير مرة ان المسلمة لا يجوز نكاحها الكافر كتابياً كان او غيره فاذا اسلمت الزوجة قبل الدخول دون الزوج ح
بطل النكاح المنقطع كما يبطل الدائم وان كان اسلامها بعد الدخول انتظر خروج العدة او المدة فانه
خرجت احديهما قبل اسلامه بطل العقد فان انقضاء عدتها وهو على كفره يدل على انفساخ العقد وخروج ح
المدة يقتضي البينونة ولا ريب انه يجب عليه المهر والمسمى في العقد لان المانع من قبله وان بقيت المدة والعدة
معاً الى ان اسلم فهو املك بها ما دامت المدة باقية ولو كانت وثنية فاسلم احدهما بعد الدخول وقف
على انقضاء العدة او المدة فانهما خرجت بانت المهر فانفسخ النكاح لما لم يجز نكاح الوثنية للمسلم دواماً
ولا متعة ابتداء ولا استدامة وامتنع نكاح الكافر وان كان كتابياً المسلمة ابتداء واستدامة وجب فيما اذا
كانت الزوجة في المتعة وثنية واسلم احدهما الحكم بانفساخ النكاح ان كان قبل الدخول ويجب المهر ان كان
انفساخه باسلام الزوج والظاهر انه يسقط ان كان باسلام الزوجة كالدائم وان كان اسلام احدهما بعد
الدخول وقف النكاح على انقضاء العدة او المدة فانهما خرجت حكم بانفساخ النكاح والمهر المسمى ثابت
بالدخول ولو اسلم وعنده حرة وامة ثبت عقد الحرة ووقف عقد الامة على رضاها اما ثبوت عقد الحرة
فلان نكاح الكافر صحيح ولا مقتضي للانفساخ ح واما توقف عقد الامة على رضا الحرة فلان الجمع بينهما
وبين الحرة في النكاح موقوف على رضا لا ينقص المهر بالمنع عن بعض الاستمتاع لعذر كالحيض ولو
منع عن الجميع كل المدة كالمرض المدنف فكذلك على اشكال لو منعت الزوجة في المتعة بعض الاستمتاع عاف
كالوطي في القبل مثلاً لعذر شرعي او حسي كالحيض والمرض الشديد لم ينقص المهر ولم يسقط شيء منه بذلك
لان المهر يثبت بالعقد ولم يثبت كون المنع هنا مسقطاً مع انه ماذون فيه شرعاً وقد يجب فينبغي وجوبه

بحاله عملاً بالاستصحاب ولقول الصادق ع في رواية عمر بن حنظلة الايام حيضها فانها لها ولو كان العذر الضروري
لصلحتها كحفظ مالها او الاكتساب لضرورة المعاش ففي عدم تنقيص المهر بذلك نظر ينشأ من ان المهر في مقابل
المدة فابعاضه في مقابل ابعاضها فاذا فات شيء منها وجب ان يفوت مقابله من المهر خرج من ذلك نحو الحيض
من الاعذار فيبقى نحو ما ذكرناه على الاصل ومن ان المنع جائز شرعاً وربما وجب فكيف يؤاخذ بسقوط
شيء من مهرها بعد الحكم بثبوته بالعقد ولو كان العذر نحو تنظيفها واستعدادها للاستمتاع بما لابد منه او
لنحو المأكل والمشروب فهو كالحيض لانه كالمستثنى عادة هذا كله اذا كان المنع بنحو الحيض لبعض الاستمتاعات
بعض المدة ولو منع الجميع كل المدة ففي سقوط جميع المهر اشكال ينشأ من ان المهر في مقابل الاستمتاع ولم يحصل
شيء منه فوجب الحكم بسقوطه كما في سائر المعاوضات والفرق بينهما اذ في المنع بالعذر من بعض الاستمتاعات
في بعض المدة ان كان حدوث نحو هذه الاعذار غالب في العادة فهي كالمستثناة ولانه اذا منع عن البعض
بقي البعض الآخر من الاستمتاعات فلم يفت اصل الاستمتاع بخلاف ما اذا منع من الجميع كل المدة ومن ان
المهر ثبت بالعقد والاصل بقاؤه ولم يثبت شرعاً كون هذا مسقطاً ولا شك ان كونه مسقطاً يتوقف على نص
الشارع ولو سقط بذلك المهر امتنع العقد متعة بتعذر الاستمتاع وهذا الوجه اقرب ولو منع العذر جميع
الاستمتاعات بعض المدة او بعض الاستمتاعات جميع المدة فالمهر ثابت كما لو منع بعضها في بعض المدة
وهاتان الصورتان لا تشملهما عبارة الكتاب والمدنف بكسر النون المرض اللازم والمراد هنا المرض الشديد الذي
يتعذر معه الاستمتاع وكذا لو منع هو او هي بظلم اي وكذا لا ينقص المهر بمنع الظالم للزوج او الزوجة
عن بعض الاستمتاعات او جميعها فيكون التشبيه في عدم النقص وان كان السياق يقتضي ان يكون التشبيه
في وجه الاشكال في النقص وعدمه والاول اظهر لامتناع اطراد الوجهين فيما اذا كان المنع من الاستمتاع
من طرف الزوج والاقرب ان الموت هنا كالدلم اي في استقرار جميع المهر به ووجه القرب ما تقدم غير
مرة وهو ان المقتضي لثبوت المهر وهو العقد حاصل والمسقط منتف اذ ليس الا الموت ولم يثبت شرعاً
كونه مسقطاً فيجب التمسك بثبوته عملاً بالمقتضي ويحتمل ضعيفاً السقوط لان استحقاق المهر في مقابلة
الاستمتاع فاذا فات انتفى الاستحقاق ويضعف بان الاستحقاق بالعقد وقد حصل ويمنع كون فوات الاستمتاع
مطلقاً مسقطاً ولم يرد النص الاعلى تفويت الزوجة لا لعذر فيبقى حكم ما عداه على الثبوت لو عقد على
مدة متأخرة لم يكن لها النكاح فيما بينهما ولا له ان ينكح اختها وان وفت المدة بالاجل والعدة المانع من
ذلك لانه يصدق عليها انها زوجة وذات بعل قطعاً لانعقاد النكاح بينهما وتأخر المدة لا يخل بهذا الصدق
انما يمنع من الاستمتاع ح ويحرم عقد الغير على ذات البعل وكذا يحرم على الزوج نكاح اخت الزوجة متعة

ود واما يحتمل جواز ذلك ح وخصوصا اذا وقت المدة المتخللة بين العقد والاجل بالاجل المعقود عليه ثانيا
والعدة لانها بالنسبة الى تلك المدة خلية اذ لاحق له عليها في ذلك الوقت والاصح الاول لما قلناه من كونها زوجته
فيندرج في اطلاقات النصوص لو مات في ما بينهما احتمل بطلان العقد ولا مهر ولا عدة ولا ميراث ان اوجبناه
مطلقا او مع الشرط وعدمه فيثبت النقيض هذا من احكام ما اذا عقد على مدة متاخرة عن العقد وتحقيقه
ان الزوج اذا مات فيما بينهما اي فيما بين العقد والمدة وقلنا بصحة هذا النكاح فهل يبطل العقد بالموت من اصله
يحتمل ذلك لان الصحة في العقود هي ترتب اثر العقد عليه واثر هذا العقد هو ملك الاستمتاع بالفعل وذلك انما
يكون بعد حضور المدة عملا بمقتضى العقد فيمتنع تقدمه فاذا مات قبل حضور المدة امتنع ترتب الاثر وتبين
خروج العقد عن صلاحية التاثير فانكشف بطلانه ح فينتفي المهر والعدة والميراث ان اوجبناه مطلقا او مع
الشرط وكانا قد شرطاه لان ذلك كله من توابع النكاح وقد انكشف بطلانه وعلى هذا فلا يحرم على ابي العاقد ولا
على ابنه وبالجملة فلا يثبت لهذا العقد شيء من احكام النكاح ويحتمل ان يكون قد وقع صحيحا ثم طرا عليه البطلان
بالموت كغيره من العقود لان العقد بالنظر الى ذاته له صلاحية التاثير وخروجه عن ذلك المانع بالموت وهو
امر خارج عنه متجدد ح فيجب المهر والعدة والميراث حيث يثبت في المتعة الى غير ذلك من اثار صحة النكاح
ولعل الاول اقرب لان الصحة هي نفس ترتب الاثر وترتبه قبل حضور المدة ممتنع لكونها اجلا مضروبا للنكا ح
فلا يثبت قبلها وقول المص وعدمه فيثبت النقيض معطوف على قوله بطلان العقد اي احتمل بطلان العقد وعدمه
واراد بالنقيض مقابل الامور المذكورة من المهر والعدة والميراث وانما يستباح باحد امرين العقد والملك
المراد بالنكاح في قول المص في نكاح الاماء هو الوطي دون العقد كما لا يخفى ولا شك ان نكاح الاماء انما يكون
بالعقد او الملك لانحصار النكاح فيهما لقوله تع الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم والاستثناء في سياق النفي
يفيد الحصر فان قيل التحليل امر ثالث فانه ليس من قبيل الملك ولا العقد قلنا سياتي ان شاء الله تع انه تمليك
للمنفعة وهو داخل في التمليك وقيل انه من قبيل العقد وكيف كان فهو داخل فيهما الاول العقد وليس
للسيد ان ينكح امته بالعقد ولو ملك منكوحته انفسخ العقد ولا للحرة ان تنكح عبدها لا بالعقد ولا بالملك ولو
ملكت زوجها انفسخ النكاح لا خلاف في انه ليس للسيد ان ينكح مملوكته بالعقد فلو طرا الملك على النكاح
بان ملك منكوحته انفسخ النكاح يدل على ذلك وراء الاجماع قوله تع الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانه سبحا نه
جعل كلا من الزوجية والملك سببا للحل على سبيل البدل والتفصيل قاطع للشركة فامتنع ان يتالف سبب
الحل منهما واما انفساخ النكاح اذا طرا عليه الملك فقد احتج له بان ملك اليمين اقوى من النكاح لانه يملك به الرقبة
والمنفعة والنكاح لا يملك به الا ضرب من المنفعة فسقط الاضعف بالاقوى واورد عليه الاشكال بما اذا باع

العين الموجرة من المستاجر فانه لا تنفسخ الاجارة مع وجود هذا المعنى والتحقيق ان النكاح لا يقتضى ملك
المنفعة حقيقة وانما ملك به الانتفاع ولهذا لو وطئت الزوجة بالشبهة لم يستحق الزوج المهر ولو كانت المنفعة
مملوكة له لاستحق عوضها فظهر ان الملك اقوى منه فاندفع الاشكال وايضا فان لوازم الملك والزوجية متضادة
فان الخدمة حق على المملوكة والاخدام حق للزوجة ان كانت من اهله وتضاد اللوازم يقتضى الى تضاد الملزومات
ولا سبيل الى ابطال الملك الحاصل بحق الارث مثلا فتعين فسخ النكاح وكذا ليس للحرة ان تنكح عبدها لا بالعقد
ولا بالملك قطعا ولو ملكت زوجها انفسخ النكاح لمثل ما ذكرناه فانها تطالبه بالسفر الى الشرق لانه عبد ويطالبها
بالسفر معه الى الغرب لانها زوجة واذا دعاها الى الفراش بحق النكاح بعثته فى حوائجها بحق الملك واذا تعذر
الجمع بطل الاضعف وثبت الاقوى وقد روى ابن بابويه فى الفقيه عن ابى العباس وعبيد عن ابى عبد الله عم
فى امراة كان لها زوج مملوك فلو رثته فاعتقته هل يكونان على نكاحهما قال لا ولكن يجددان نكاح آخر   وانما
يحل العقد على مملوكة الغير بشرط اذنه واذن الحرة ان كانت تحته وان كانت رتقاء او كتابية او غائبة او هرمة
او صغيرة او مجنونة او ممتنعا بها لما لم يطلقها   لا ريب ان العقد على مملوكة الغير تصرف فيها فيمتنع الحكم بحله شرعا
بحيث يعد عقدا شرعيا يترتب عليه اثره الا باذن المولى ذكرا كان او انثى متعة كان النكاح او دواما على خلاف
ضعيف فى امة المراة فى المتعة وسيأتى الكلام عليه ان شاء الله تعالى ويدل على ذلك وراء الاجماع قوله فانكحوهن باذن
اهلهن وصحيحة محمد بن اسمعيل بن بزيع قال سالت الرضا عم هل يجوز للرجل ان يتمتع من المملوكة باذن اهلها
وله امراة حرة قال نعم اذا كان باذن اهلها اذا رضيت الحرة والاهل عام فى الرجال والنساء ويشترط ايضا اذن
الزوجة الحرة ان كان العاقد زوجها حرة لتواتر الاخبار من طرق العامة والخاصة بالنهى عن نكاح الامة لمن عنده
حرة وفى عدة اخبار اشتراط رضاها ولا فرق فى ذلك بين ان تكون الحرة رتقاء او كتابية او غائبة او هرمة او صغيرة
او مجنونة او ممتنعا بها وبين ان لا تكون كذلك لاطلاق النصوص فيتناول جميع من ذكر ما لم يطلق الحرة طلاقا بائنا   بتًا
او رجعيا ثم تبين منه بانقضاء العدة فانه تسقط اعتبارها   ولا يشترط اسلام الامة وان كان الزوج مسلما
فى المتعة عندنا ومطلقا عند آخرين   قد سلف حكاية الخلاف بين الاصحاب فى نكاح الكافرة بالعقد وان
منهم من جوز المتعة دون الدوام وان منهم من منعهما وان الاصح عند المص وجمع من الاصحاب جواز المتعة
خاصة وعلى هذا جرى قوله ولا يشترط اسلام الامة اى المنكوحة بالعقد لانه فى سياقه وان كان الزوج مسلما اى
سواء كان مسلما ام لا لكن ذلك فى المتعة عند المص اما الدوام عنده فانه يشترط فيه اسلام الامة اذا كان الزوج
مسلما ومطلقا عند آخرين اى لا يشترط اسلام الامة وان كان الزوج مسلما مطلقا اى فى المتعة والدوام عند
آخرين وهم القائلون بجواز نكاح الكافرة للمسلم مطلقا واما القائلون بالمنع مطلقا فانهم يشترطون اسلامها

مطلقًا

مطلقاً اذا كان الزوج مسلماً وللعبد ان ينكح الكتابية ان جوزناه للمسلم وكذا للكتابي ان يتزوج بالامة الكتابية
العبد المسلم كالحر المسلم في ان له ان ينكح الكتابية حرة كانت او امة في المتعة خاصة عندنا ومطلقاً عند آخرين
وذلك لازم من التشبيه في قوله وكذا الكتابي ولولا ما سيتم الاطلاق فان المراد حل ذلك له عندنا بحيث يحكم به عند
الترافع الينا اما عندهم فانا لا نوآخذهم بما يدينون به وان كان نكاح المحرمات ما لم يتظاهروا به وفي اشتراط
عدم الطول وخوف العنت خلاف فان شرطناهما وقدر على حرة رتقاء او غائبة غيبة بعيدة او كتابية او من غلت
في المهر الى حد الاسراف جاز نكاح الامة اي وفي اشتراط عدم الطول وخوف العنت في نكاح الحر المسلم للامة
بالعقد وكذا للكتابي الخلاف سبق بيانه في المحرمات فان شرطناهما وهو الاصح وقدر على حرة من المذكورات
جاز نكاح الامة عند المص وتنقيح البحث بمسائل ان يقدر على نكاح حرة يتعذر وطؤها قبلا لكونها رتقاء
او قرناء ونحو ذلك وفي جواز نكاح الامة وجهان احدهما العدم لانه قادر على بعض الاستمتاعات فان الوطي طي
في الدبر على القول بجوازه والتفخيذ وامثال ذلك تنكسر به الشهوة ويندفع به خوف العنت والاخر الجواز لان ه
المنتهى طبعاً هو الوطي في القبل ويؤيده ان الغرض الاصلي من النكاح وهو النسل الذي به بقاء النوع لا يحصل
والجواز اقوى لان خوف العنت لا يندفع بهذا القدر من الاستمتاع اذ المنتهى طبعاً غيره وموضع الوجهين
ما اذا لم يكن علاجها بحيث يندفع المانع فان امكن فلا بحث في عدم الجواز وربما بني الوجهان على الوجهين في ان
الرتقاء والقرناء لو كانتا تحته هل يمنع من نكاح الامة حيث لم يقدر على غيرها وليس ببعيد لان خوف العنت في ٩
الموضعين على حد سواء ان يقدر على حرة كتابية فان قلنا بالمنع من نكاحها مطلقاً جاز نكاح الامة وان جوزناه
دواماً او متعة فوجهان وجه الجواز انه سبحانه جعل الشرط في الآية ان لا يستطيع نكاح المؤمنات وقد وجد هنا
ولان مباشرة الزوجة ومخالطتها مما تعم به البلوى وتجنبها لكفرها مما تعظم مشقته ووجه المنع انه لا يخشى العنت
ح ولو كانت الكتابية تحته لمنع من الامة فكذا مع القدرة عليها والآية خرجت مخرج الغالب فان الغالب ان المسلم
انما يرغب في المؤمنات وفي الوجه الاول قوة وللحجة ظاهر الآية فانها خالية من المعارض ان يقدر على حرة غائبة
عن بلده غيبة بعيدة فانه اذا خاف العنت في مدة قطع المسافة او كان بحيث يلحقه مشقة شديدة عادة بالخروج
اليها او في احضارها عنده جاز له نكاح الامة دفعاً للحرج والاثم ان يقدر على هرمة او صغيرة او مضناة كذلك
وضابطه ان لا يتيسر الاستمتاع بها وفي جواز الامة وجهان اصحهما الجواز اذ لا غنا في هذه ولا استغنا بها
ويحتمل ضعيفاً المنع لصدق استطاعة نكاح المؤمنة اما لو قدر على مجنونة ففي الجواز تردد ووجه المنع امكان
الاستمتاع ووجه الجواز حصول الشرط اذ ليست بمؤمنة ان يقدر على حرة غلت في المهر الى حد الاسراف وظاهر
عبارة المص يشمل ما اذا كان ذلك مهر مثلها لكنها لا تليق بحاله بحيث يعد تزويجه بها بذلك المهر اسرافاً في حقه

مع قدرته على المهر والمسألة مصورة في غير هذا الكتاب بما اذا كانت لا ترضى الا باكثر من مهر مثلها وهو الظاهر من
كلام الشارح الفاضل ولذا المص حيث شبه هذه بمسألة ما اذا وجد الماء باكثر من ثمن المثل هل ينتقل الى
التيمم وما اذا وجد الرقبة في الكفارة المرتبة باكثر من ثمن المثل هل ينتقل فرضه الى الصوم في كل منهما قولان
وهذا هو الانسب لان من وجد مهر شريفة وان كانت اعلى منه بيت او اكثر مهر امثالها عادة ينبغي ان لا
يحل له الامة لانتفاء الشرط فانه يصدق عليه الاستطاعة لنكاح المؤمنة ولا اثر لكون تزوجه لمثلها في العادة
يسمى سرفا اما اذا لم يوجد الحرة الا باكثر من مهر امثالها ففي جواز الامة وجهان وجه الجواز ان بذل المال على هذا الى ج
اتلاف له وهو من السفه ولما فيه من المشقة بتحمل الغبن ووجه المنع انه مستطيع فانتفى ولان مثل هذه المغا لاة
في النكاح مما تقتضيها العادة لانه يتعلق به اغراض كلية ينتفي معها الغبن وتوسط متوسط فقال ان كانت
المغالات بقدر كثير يعد بذله اسرافا جاز نكاح الامة والا فلا ولعل المص حاول هذا المعنى بعبارته لكنها
غير وافية بالدلالة عليه كما عرفت ولا ريب ان لهذه المسألة نظائر غير المسألتين اللتين ذكرهما الشارح منها ما لو
وجد الساتر في الصلاة لراحلة في الحج وما لا بد منه بازيد من ثمن المثل فهل يجب الشراء ام يسقط الحج ومنها
ما لو وجد الساتر في الصلاة بازيد من ثمن المثل فهل يجب الشراء ام يصلي عاريا وغير ذلك وقد يبنى ان المختار د
الوجوب ما لم يعد اجحافا فيسقط لما فيه من الضرر وينبغي ان يكون الحكم هنا كذلك واعلم ان قول المص او من غلت
يجوز قراءته بالمهملة والمعجمة من الغلو او من الزيادة وهما متقاربان في المعنى وفي ذات العيب اشكال ر
اي لو قدر على حرة ذات عيب كالبرصاء والمجذومة ففي جواز نكاح الامة في هذه الحالة اشكال ينشأ من انتفاء
شرط نكاح الامة لانه مستطيع لنكاح الحرة المؤمنة فيمنع من نكاحها ومن ان مقصود النكاح دفع الشهوة
وانما يكون ذلك مع الميل القلبي وهو منتف هنا لوجود النفرة طبعا فلا يندفع خوف العنت ولانه ان جاز
الفسخ بالعيب هنا لو تزوجها ولم يعلم بالعيب الا بعد العقد جاز نكاح الامة والمقدم حق لاطلاق النصوص
بثبوت الخيار بالعيوب الا بعد العقد وهو متناول لصورة النزاع فاخراجها يحتاج الى دليل شرعي وهو منتف
فان قيل عموم قوله تع ومن لم يستطع طولا الاية يقتضي اخراجها قلنا دلائل الفسخ بالعيب الوجه ويقدم ولما
بيان الملازمة فلانه اذا فسخ نكاح ذات العيب امتنع القول بتزوجها لو لم تكن منكوحة فانه لو وجب ابتداء النكا ح
لوجبت استدامته بطريق اولى وهذا اقوى واعلم ان عبارة المص كالمتدافعة فانه جزم بانه اذا قدر على رتقاء
جاز له نكاح الامة وتردد في ذات العيب مع انها شاملة للرتقاء فان الرتق من العيوب المجوزة للفسخ كما سياتي
انشاء الله تع وقد يعتذر له بانه اراد بذات العيب ما عدا الرتقاء فلا تدافع لكن قد يسأل عن الفرق بينها وبين
غيرها من ذوات العيوب فيجاب بان الرتق مانع من الوطي وبلا مطلوب النكاح وهو الوطي قبلا معه منتف بخلاف

نحو الجنون والجذام والبرص وهو ضعيف ومنقوض بالرتق والعمى والعرج والافضاء ولو كان مفلسا فرضيت
بالمؤجل اقل من مهر المثل لم ينكح الامة ينبغي ان يقرا مفلسا بالتخفيف ليشمل من كان عن قادر على المهر وتم الحكم
بتفليسه وفقه المسئلة بانه متى كان غير قادر على طول الحرة لفقده او للحجر عليه بالافلاس فوجد حرة ترضى بمهر مؤجل
الى اجل يتوقع القدرة عليه عند حلوله والمهر الذي رضيت به لا يزيد على مهر امثالها لم ينكح الامة عند المص ووجب عليه
نكاحها لانه مستطيع للحرة وفي الحكم نظر ينشا من هذا ومن ان شغل الذمة بالدين الموجب للمطالبة عند الحلول
وقد لا يصدق رجاؤه وفي حصول الملاءة ضرر بين وقد ورد في الدين انه هم بالليل ومذلة بالنهار وقريب من
ذلك ما اذا وجد من يبيعه منه نسيئة ما يفي بصداقها او وجد من يستاجره باجرة معجلة تفي به او يقرضه ذلك
وعلم الوجوب في هذه المسائل كلها قوي فيجوز نكاح الامة المال الغايب لا يمنع نكاح الامة لان صاحبه ملحق
بالفقر ولهذا يجوز له اخذ الزكاة ولو وجد من يبيعه نسيئة الى اجل لا يلزمه كذلك لا يجب بيع المسكن
والخادم وما جرى مجراهما وصرف ذلك الى طول الامة على اقرب الوجهين لان ملك ذلك لا ينافي الفقر والفقير
غير مستطيع واعلم انه لا حاجة الى كون ما ترضى به الحرة مؤجلا اقل من مهر المثل كما في عبارة الكتاب بل مهر المثل
ايضا كذلك اما لو لم ترض الا بما زاد فانه يبقى على انه لو وجد حرة لا ترضى الا بما زاد على مهر امثالها وهو قادر عليه
هل يجوز نكاح الامة ام لا او لابد ان يكون اخر الاجل التمكن من اداء المهر والا جاز نكاح الامة وجهها واحتماله
وعبارة الكتاب خالية من ذلك وخوف العنت انما يحصل بغلبة الشهوة وضعف التقوى فلو انتفى احد ها
لم ينكح الامة قال الله تع ذلك لمن خشي العنت منكم والعنت لغة المشقة والهلاك بالحد في الدنيا والعقوبة في
الاخرى فخوف العنت هو توقع مفارقة الزنا لا على سبيل الندرة وانما يتحقق ذلك بغلبة الشهوة وضعف
التقوى فمن غلبت شهوته وقل تقواه فهو خائف ومن قويت شهوته وله زاجر عن الوقوع في الزنا من دين
او مروة او حياء فهو غير خائف وكذا من غلبت شهوته وقوي تقواه لانه لا يخشى العنت لكن لو كان ترك الوقاع
في حق هذا يجلب ضررا او مرضا شديدا لم يبعد القول بجواز نكاح الامة وعبارة الكتاب مطلقة والقادر
على ملك اليمين لا يخاف العنت فلا يترخص وجهه ان خوف الوقوع في الزنا يندفع بوطي المملوكة فيتحتم
شراؤها لو لم يكن في ملكه ولا يجوز له نكاح الامة ويحتمل الجواز لانه لا يستطيع طول حرة وهذا هو الشرط في
الاية والاول اقوى لان خوف العنت شرط ايضا وهو منتف هنا لو كانت الامة التي يملكها غير محللة له فان
كانت قيمتها تفي بثمن امة يتسراها او مهر حرة ولم يكن هناك ما يسقط معه وجوب بيعها لكونها مسكنا لم ينكح
الامة ولو ايسر بعد نكاح الامة لم تحرم الامة لان مقتضى الاية اشتراط الاعتبار في الابتداء خاصة
وكما ان كلا من العدة والردة والاحرام يمنع ابتداء النكاح دون دوامه والاسلام يمنع ابتداء السبي دون دوامه

الشدة فيقال انه الهلاك
والمراد هنا الزنا فاطلق عليه العنت
من حيث انه سبب المشقة

وكذا لا تحرم الامة لو نكح حرة بعد ما نكحها عندنا ولا يخفى ان المص لو اقتصر على قوله لم تحرم ولم يذكر الامة مرة اخرى
لم يكن محتاجا الى ذكرها ولكانت مع الاختصار خالية من التكرار ولا يجوز للعبد ولا للامة ان يعقدا لنكاحا
بدون اذن المالك وان فعل احدهما بدونه وقف على الاجازة على رأي اختلف الاصحاب في ان الفضولي هل
النكاح يقع باطلا او موقوفا على الاجازة من الزوج او الزوجة فالقائلون بالبطلان ثم قالوا به في نكاح العبد
والامة اذا بادر احدهما الى العقد لنفسه بدون اذن سيده والقائلون بوقوعه موقوفا اختلفوا هنا فقال
بعضهم بوقوع هذا النكاح موقوفا فان اجازه السيد صح والا بطل واختاره المص هنا وفي المختلف وهو الاصح
لحسنة زرارة عن الباقر ع قال سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده قال ذلك الى السيد ان شاء اجازه وان
شاء فرق بينهما واضطرب كلام ابن ادريس فقال في اوله ما حاصله ان كلام الشيخ مبني على مذهبه من
ان العقد لا يقف على الاجازة قال وقد بينا فساد ذلك فيما مضى ثم حكم ببطلان العقد هنا من اصله محتجا بانه
منهي عنه فيكون فاسدا وكلية الكبرى ممنوعة وقد يحتج بما ورد عن النبي ص ايما مملوك تزوج بغير اذن مولاه
فنكاحه باطل ويجاب بمنع السند اولا وبالحمل على انه بمنزلة الباطل اذ لا يترتب عليه اثره بمجرده ثانيا مجازا
طلبا للجمع بينه وبين ما سبق وعلى المولى مع اذنه مهر العبد ونفقة زوجته وله مهر امته اذا اذن
المولى لعبده في النكاح صح وكان المهر في ذمة السيد وكذا نفقة الزوجة على اشهر الاقوال للاصحاب لان
العبد لما لم يتصور ملكه امتنع تعلق الوجوب به ولما وقع النكاح صحيحا لزم الحكم بثبوت المهر والنفقة ولا
متعلق لهما الا السيد ولما كانت نسبتها الى جهات اموال السيد على حد سواء وجب الحكم بثبوتهما في ذمة السيد
لامتناع الترجيح ولو زوج السيد امته صح النكاح قطعا وكان المهر للسيد لان الامة وبضعها ومنافعها
مملوكة له فيكون المهر الذي هو في مقابل البضع كذلك واجازة عقد العبد كالاذن المبتدأ في النفقة
وفي المهر اشكال لما حكم بان عقد المملوك يقع موقوفا على اجازة السيد ولا يقع باطلا من اصله فرع عليه
ما اذا كان المملوك العاقد عبدا واجاز المولى نكاحه فقال انه كالاذن المبتدأ اي الواقع قبل العقد فيصح
به العقد كما سبق ويثبت به النفقة مع حصول التمكين من الزوجة في ذمة السيد لان وجوبها اثر النكاح
الثابت بالاذن واما المهر ففي كون الاجازة بالنسبة اليه كالاذن المبتدأ فيثبت في ذمة العبد على انه يتبع به اذا
اعتق او في ذمة السيد اشكال ينشأ من ان الاجازة لما طرأت على العقد بعد تمامه لم توجب في ذمة المولى
شيئا وذلك لان العقد تضمن المهر قبل صدور الاجازة فلم يكن تعلق بذمته ولان الاجازة انما تؤثر في العقد
على ما هو عليه ومعلوم انه لم يقع على ان المهر في ذمة المولى ومن ان الرضا بالنكاح من المولى التزام
لمؤنته ولا يفترق الحال في ذلك بين وقوعه متقدما ومتأخرا فان العبد لكونه لا يملك يمتنع التزامه للمهر فلا

مرعه

يقع العقد الا على الوجه الممكن وهو كون المهر على السيد فيقع موقوفا على هذا الوجه فاذا اجازه يثبت المهر في ذمته
كما في الاذن قبل العقد سواء الا انه بمثله وقوعه الا كذلك لما قلناه ولو تعدد المالك افتقر الى اذن الجميع قبل
العقد او اجازتهم بعده لان كل واحد منهم مالك فيعتبر في كل واحد منهم ما يعتبر في المالك الواحد قيح ه
فيتوزع عليهم المهر والنفقة بالحصص ويحتمل ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد وربح تجارته ولا يضمن السيد
بل يجب ان يمكنه من الاكتساب ذكر الفاضل الشارح ما حاصله ان ما ذكره المص في المطلب الخامس في الاحكام
من الفصل الثالث في الاولياء من ان المولى اذا اذن لعبده في النكاح واطلق يثبت مهر المثل على المولى
لو نكح بازيد منه لم يكن ترجيحا مانعا من النقيض او انه رجع عنه الى كون المهر والنفقة في كسب العبد وما
ذكره غير واضح اذ ليس في كلامه ما يدل على اختيار كون المهر والنفقة في كسب العبد بحال فانه لم يذكر ذلك احتمالا
وقد ذكر قبله بيسير ان على المولى مع اذنه مهر العبد ونفقة زوجته فكيف يكون هذا رجوعا عما سبق ولا ريب
ان الاحتمال لا ينافي صورة الجزم لانه مع ترجيح احد الطرفين يجوز ذكره بصورة الجزم لتعين العمل به لا محالة
اذا عرفت ذلك فاعلم انه يحتمل ثبوت المهر والنفقة فيما اذا اذن السيد لعبده في النكاح قبل العقد او اجازه
بعد وقوعه في كسب العبد ان كان كاسبا كما في الاحتطاب والاحتشاش وما يحصل بصنعة وحرفة ولو بالا
النادرة وفي ربح تجارته ان كان تاجرا وهو اختيار الشيخ في المبسوط ووجهه ان المهر والنفقة من لوازم
النكاح وكسب العبد اقرب شيء اليهما فان كسب كل انسان هو المصرف في مؤنته وضروراته والعادة جارية بذلك
فينزل الحال في لوازم النكاح عليها ويضعف بان الدين لا بد له من ذمة يتعلق بها وذمة العبد ليست اهلا لذلك
فلا بد من تعلقه بذمة المولى وعلى القول بذلك فلا يخفى انهما لا يتعلقان بكل كسب للعبد بل بما كان بعد النكاح
فان السابق خاص بالمولى كسائر امواله ولا بد في النفقة من التمكين فلا تعلق لهما بالكسب المتقدم عليه ومن
هذا يعلم انه لو كان تاجرا لم يتعلقا براس المال بل بالربح الحاصل بعد الاستحقاق حالا وطريق الصرف الى المهر
وهكذا حتى يتم المهر ثم يصرف الفاضل من النفقة ان وفى بها فان فضل شيء صرف الى المهر وهكذا حتى يتم المهر ثم يصرف
الفاضل من النفقة الى السيد ولا يدخر لما يتجدد من النفقة ولو طلب السيد اختصت الزوجة بقدر النفقة ه
والمهر من كسب العبد وعلى القول بكونهما في ذمة السيد هي احد غرمائه فتضرب بالحصص وقول المص ولا يضمن السيد
بل يجب ان يمكنه من الاكتساب يتفرع على القول بثبوتهما في كسب العبد فان تعلق الحق بمال معين لا ينافي الثبوت في
الذمة كما لو ضمن ما على الغير وشرط الاداء من مال بعينه وكما في الرهن وتركة الميت ولما لم يكن للمهر والنفقة على
هذا تعلق بذمة السيد بل متعلقهما الكسب كما ان متعلق ارش الجناية هو رقبة العبد دون ذمة السيد نص المص
على ذلك وبين انه يجب على السيد تمكينه من الكسب بمعنى تخليته ليكتسب ولا يشترط اذنه لان الاذن في النكاح

كسبا

والنفقة ان تنطق في الحاصل كما تقوم فيعطي منه النفقة ان ص

يستدعي ذلك ومقتضى هذا انه لا يشترط الاذن في التجارة بخصوصها بل لو اتجر صح وتعلقا بالربح وقد يتوهم
من قول الشارح الفاضل لو كان مأذونا له في التجارة تعلق ايضا المهر ونفقة زوجته بربحه اعتبار الاذن في الصحة
فان كان ذلك مراده فليس بظاهر وليس من لوازمها التصرف في مال المولى الان يقال التجارة لا بد فيها من
العسر او لا بد من ثبوت الثمن في ذمة المولى وهذا مما يجب منه على اذنه فرع يجب عليه تخليته للاستمتاع بمجرى العادة
فان استخدمه يوما فاجرة المثل كالاجنبي ويحتمل اقل الامرين من كسبه ونفقة يوم   هذا فرع على القول
بثبوت المهر والنفقة في كسب العبد ووجوب تخليته للاكتساب وتحقيقه انه على هذا القول لو استخدمه السيد يوما
ولم يلتزم بلوازم النكاح وجب عليه الغرم لما استخدم لانه لما اذن في النكاح فكانه احال على كسبه فاذا فوته طولب
بعوض ما استوفاه وهو اجرة المثل كما في الاجنبي ويحتمل ان لا يجب اقل الامرين من اجرة المثل والمهر ونفقة يومه
اما اذا كان المهر والنفقة اقل فظاهر اذ لا يجب شيء غير ذلك واما اذا كانت الاجرة اقل فلان الذي استوفاه السيد هو قدر
الاجرة فلا يغرم اكثر منه وتحقيق احتمال ثالث وهو ان يغرم نفقة مدة الاستخدام كائنة ما كانت لانه ربما كان يكتسب
ما يفي بذلك والاقرب تقريبا هو وجوب اقل الامرين واعلم ان المص لم يذكر في هذا الاحتمال سوى نفقة يوم ولا
ريب ان المهر دين حاضر لانه القرض فاذا وفت به الاجرة تعين صرفها اليه مع النفقة وكانه انما سكت عنه اكتفاء
بما تقدم واعتمادا على ظهور الحال وكذا يفعل في احتمال كونها في رقبته   ويحتمل ثبوت النفقة في رقبته بان يباع
كل يوم منه جزء للنفقة   هذا احتمال ثالث لتعلق النفقة وتحقيقه ان نفقة كل يوم يثبت في رقبته فيباع منه
جزء يفي بالنفقة تنزيلا لها منزلة اروش الجنايات ووجهه ان النفقة واجبة لا محالة وليست على السيد لاصالة
البراءة ولا على العبد لانه ليس اهلا لذلك وتعلقها بكسبه تعليق للواجب بما ليس بمعلوم الحصول فتعين
تعلقها بالرقبة لمقتضى السبب والتقسيم فعلى هذا ان وجد راغب يشتري كل يوم منه جزءا بقدر النفقة
الواجبة لذلك اليوم وجب بيعه واعلم ان في قوله ويحتمل ثبوت النفقة في رقبته ليس عديلا لقوله ويحتمل اقل الامرين
بل هو عديل لقوله ويحتمل اقل الامرين بل هو عديل لقوله ويحتمل ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد كما هو ظاهر
عند التامل   ولو قصر الكسب او لم يكن ذا كسب احتمل ثبوت النفقة في رقبته وفي ذمة المولى وان يتخير بين
الصبر والفسخ ان جوزناه مع العسر ما سبق هو حكم ما اذا كان العبد كاسبا وكسبه واف بنفقة زوجته وهذا
بيان حكم ما اذا كان كسبه قاصرا عنها او لم يكن له كسب اصلا وقد ذكر المص فيه احتمالات ثلثة   ثبوت النفقة
اوما قصر الكسب عنه منها في رقبته تنزيلا للوطي في النكاح منزلة الجناية   ثبوتها في ذمة المولى لانه لما اذن
في النكاح لزمته لوازمه لامتناع اعراء النكاح عن النفقة وانما قدمنا الكسب لانه اقرب شيء اليها فاذا انتفى
تعينت ذمة المولى   تخيير الزوجة بين الصبر بغير نفقة حاضرة وبين الفسخ ان جوزنا الفسخ للمراة

الاحص

اذا اعسر زوجها الحر عن النفقة وسيأتي تحقيقه ان شاء الله تعالى ولم يذكر المصنف حال المهر مع القصور وكذا لم يذكره في احتمال
ثبوت النفقة في رقبته فيمكن ان لا يجيء ذلك فيه وان كان على ذلك التقدير مبنيا على العبد يتبع لكن في اثبات الفرق بين
النفقة والمهر عسر وهذا كله بناء على ان المهر والنفقة لا يثبتان في ذمة المولى باذنه في النكاح اما على القول بالثبوت
فان ذلك ساقط ولو اشترته زوجته او اتهبته قبل الدخول سقط نصف المهر الذي ضمنه السيد او جميعه
قد سبق انه اذا ملك احد الزوجين الآخر او شيئا منه انفسخ النكاح فاذا ملكت الزوجة الحرة زوجها المملوك بشراء
او اتهاب او غيرهما فاما ان يكون ذلك قبل الدخول او بعده فان كان قبله وقد ضمن السيد المهر اما بناء على ان الاذن
في النكاح يقتضي ثبوته في ذمته او لكونه قد ضمنه للمرأة بعد النكاح حتى صار في ذمته فان ما في الذمة مضمون
لا محالة ففي سقوط نصف المهر او جميعه وجهان وجه الاول ان الانفساخ حصل بالعقد الجاري بين المولى
والزوجة والمولى قائم مقام الزوج من حيث انه سبب الفراق اذا حصل بصنع الزوجين غلب جانب
الزوج وتشطر المهر كما لو خالعها قبل المسيس ووجه الثاني ان الفرقة حصلت بالزوجة والسيد لا اختيار
للزوج فيها فكان كما لو اسلمت مع كفره او ارتدت مع اسلامه قبل الدخول وفي هذا الوجه قوة فعلى هذا ترد المهر ان
قبضته وعليها الثمن وعلى الاول ترد النصف وعليها الثمن وقد يقع التقاص لاتحاد الجنس ولو انعكس
الفرض فملك الحر زوجته الامة قبل الدخول ففي وجوب نصف المهر او جميعه الوجهان ايضا لكن المتجه هنا وجوب
الجميع وقد سبق له نظائر في الرضاع وتجدد الاسلام وتمليك السيد اياه لا يقدح في استحقاقه المهر اذ ليس ابلغ
من بذل الزوجة في الخلع وانما التشطر في الخلع للدليل فلا يلحق به غيره فان اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء
ان اسقطنا الجميع حذرا من الدور اذ سقوط العوض بحكم الفسخ يقتضي عراء المبيع عن العوض قد بينا ان
المهر يمكن ثبوته في ذمة السيد اما بان يكون صدور العقد باذنه يقتضي شغل ذمته به او بان يضمنه للزوجة
بعد صدور العقد بناء على انه لا يثبت في ذمته ولا العبد في ذلك لانه دين لازم فيصح ضمانه ولا ريب ان ما قرن
بالباء في عقد البيع من العوضين هو الثمن فاذا باع السيد العبد للزوجة بالدين الذي في ذمته وقد تعلق بنفس
المهر اذا تقرر ذلك فان الزوجة اذا اشترت زوجها العبد بنفس المهر الذي في ذمة السيد او الذي تعين في
عقد النكاح على ما بيناه وكان ذلك قبل الدخول بني صحة البيع وعدمه على المسألة السابقة وهي ان الزوجة اذا
اشترته قبل الدخول سقط نصف المهر او جميعه فان قلنا بسقوط الجميع بطل البيع لانه يلزم منه الدور وهو
باطل بيان اللزوم انه اذا صح البيع دخل في ملكها وانفسخ النكاح فسقط المهر لانه المقدر فيبقى المبيع
بغير عوض يقابله فينفسخ لامتناع صحة البيع بدون ثمن فصحة البيع تستلزم بطلانه وذلك دور عند
الفقهاء وبطلانه ظ لان كل ما كان بحيث يقتضي صحته الى بطلانه يجب الحكم ببطلانه لانتفاء صحة البيع وارتفاع

مثله ما لو دفع العبد مهرا عنه من ماله لكنه يعطيها اياه باعتبار تلك العين ... باعتبار العوض والطلق ... في ذمته لها فاذا ... بعض المهر

النكاح لا يكونان متقابلين يكون الفسخ بعد البيع وحصول الملك وح فلا يزول ملكها عن الصداق الا بعد ملكها للرقبة
فلا يبطل الثمن بالانفساخ بل يكون اثره الرجوع الى بدل الصداق كما لو اشترت بعين الصداق قبل المسيس ثم ارتدت
فانه يلزمها غرم بدل الصداق ولا يبطل البيع لانا نقول الفرق بين صحة البيع وارتفاع النكاح وزوال الملك عن
الصداق تخلل زمان وان كان هناك تقدم اعتباري بخلاف الصورة المذكورة في السؤال هذا اذا اسقطنا جميع
الصداق بشرائها اياه ولو اسقطنا النصف خاصة فان البيع انما يبطل في النصف فقط لسقوط نصف الثمن ح عرا
في قول المص يقتضي عراء المبيع كانه مصدر عرى عن كذا يعرى عنه والمنقول في مصدر عري اما عراء ممدودا
او مقصودا لم اقف عليه ولو اشتريه بعد الدخول صح اى لو اشترت الزوجة العبد بنفس المهر المضمون
بعد الدخول صح الشراء وذلك لان المهر استقر بالدخول فلا يلزم من انفساخ النكاح سقوطه ليلزم عرى المبيع عن
العوض ولا فرق في ذلك بين ان نقول بثبوت المهر في ذمة السيد بالعقد اذا وقع باذنه وبين ان نقول بثبوته
في ذمة العبد ثم يضمنه السيد لان الضمان لما كان ناقلا عندنا لم يرد ان ذمة العبد برئت من الصداق بدخوله في الملك
حيث ان المولى لا يستحق على عبده مالا فتبرا ذمة السيد لان برائة الاصل تقتضي برائة الضامن ولو جوزناه
اذن المولى بشرط ثبوت المهر في ذمة العبد فاشتريه بطل العقد لان تملكها له يستلزم برائة ذمته فيخلو البيع
عن العوض يلوح من قوله ولو جوزنا الخ انه لا يجوز ذلك الا ان قوله سابقا وفي المهر اشكال يقتضي تجويزه ذلك
ويمكن ان يعتذر له بان المراد بالتجويز الحكم بالجواز وليس بلازم من الاشكال في المهر اذا عرفت ذلك فمقصود
المسئلة انا اذا جوزنا للمولى ان ياذن لعبده في النكاح بشرط ان يصح للمراة يكون لها المهر في ذمته فنكح كذلك ثم اشتريه
الزوجة بالمهر بعد الدخول بطل العقد اى البيع لان تملكها اياه يستلزم برائة ذمته لامتناع ان يستحق المولى
في ذمة مملوكه مالا لانه وذمته ملك له فكيف يعقل ان يستحق على ماله مالا وح فيخلو البيع عن العوض فيبطل
لزوم الدور ووجه جواز الاذن كذلك ان العبد يمكن ثبوت الدين في ذمته بدليل انه يتبع بعوض المتلفات
للضرورة حذرا من ضياع الاموال لا يقتضي ان تكون ذمته كذمة غيره يمكن شغلها بالديون اختيارا
والولد رق ان كان ابواه كذلك فان كانا لمالك فالولد له ولو كان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفان الا ان يشترط
احدهما او يشترط الامة فيلزم لا خلاف في ان الولد اذا كان ابواه رقيقين يكون رقيقا فان كانا لمالك واحد
فالولد له لا محالة وان كان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفان لانه نماء ملكهما لا مزية لاحدهما على الاخر وليس
كذلك الولد في باقي الحيوانات بل هو لمالك الام والفرق بينها وبين الادمي في ذلك النص والاجماع بثبوت
النسب المقتضي للتبعية وسياتي فيما بعد في الاخبار ما ينبه على ذلك انشاء الله تع ولو شرط احد المولين في
عقد لازم كون الولد له او استحقاقه ازيد من النصف فيه صح الشرط ولزم لانه شرط لا ينافي النكاح وعموم قوله ع

المسلمون

المسلمون عند شروطهم تتناوله ويتبع في الحرية احد الابوين الا ان يشترط المولى رقيته فيلزم ولا يسقط بالاسقاط ط
بعده هنا مسئلتان اذا كان احد ابوي الولد حرا والآخر رقا كان الولد حرا تبعا للحر من الابوين سواء كان ه
الحر الاب او الام عند اكثر الاصحاب لان الاصل في الانسان الحرية خرج منه ما اخرجه الدليل وكان موضع وفاق
فيبقى ما سواه على الاصل ولرواية جميل بن دراج عن الصادق ع قال اذا تزوج العبد الحرة فولده احرار واذا
تزوج الحر الامة فولده احرار وحسنة ابن ابي عمير عن بعض اصحابنا عن الصادق ع قال سألته عن الرجل
يتزوج بامة قوم الولد مماليك او احرار قال اذا كان احد ابويه حرا فالولد احرار ولرواية اسحق بن عمار عن
الصادق ع في مملوك تزوج حرة قال الولد للاب وقال ابن الجنيد ان ولد المملوكة زوجة الحر والمملوك زوج الحرة
للسيد الامة اشتراط حريتهم لانه نماء مملوكه فيتبعه ولان حق الادمي يغلب اذا اجتمع مع حق الله تع ولرواية
ابي بصير قال لو ان رجلا دبر جارية ثم زوجها من رجل فوطئها كانت جاريته وولدها مدبرين كما لو ان ه
رجلا اتى قوما فتزوج اليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم مماليك والجواب ان نماء الحر ايضا وحق الحرية مقدم فانها ه
اقوى ولهذا كان العتق مبنيا على التغليب والسراية والرواية مقطوعة فلا تعارض ما تقدم وحملها الاصحاب
على ما اذا شرط المولى الرقية وفيه نظر اذا اشترط المولى رقية الولد حيث يكون احد الابوين حرا فقد
صرح المص بصحة الشرط ولزومه وهو اختيار الشيخين وجماعة وتردد فيه المحقق بن سعيد وجه الصحة عموم
قوله تع اوفوا بالعقود وعموم قوله ع المسلمون عند شروطهم ورواية ابي بصير السالفة فانها منزلة على ذلك وهو دها
وان كان ما اذا كانت الام رقا الا انه لا قائل بالفصل ووجه العدم عموم الاخبار السابقة فان ترك الاستفصال في
حكاية الحال مع الاحتمال للعموم ولقول الصادق ع في رواية سماعة الآتية وقد سأل عن مملوكة تزوجها حر يدعي على ها
الحرية في الجواب ولا يملك ولد حر وقد ضبطها المحققون بالتنوين دون الاضافة ووجه الاستدلال بها ان النكرة
في سياق النفي للعموم والمعنى ولا يملك الولد المحكوم بحريته بحال فان قيل هذا محكوم برقيته قلنا بل هو حر بدون الشرط
فلا يكون الشرط سببا لرقيته بنص الحديث ولان الحرية بجعل الله تع فلا مدخل للشرط في تغيرها كما لو شرط رقية
ولد الحرين ولان الولد ليس ملكا للحر من الابوين ليصح اشتراط المولى وكما لا يصح ان يشترط رقية من ولد حرا
فكذا من سيولد حرا لانتفاء السلطنة في الموضعين ويؤيد نفي السلطنة ان الوالد لو اقر برقيته ولده لم ينفذ
هذا الاقرار على الولد ولان الولد نماء الابوين فنماء الحر الاصل يجب ان يكون حرا بالاصالة وحر الاصل يمتنع
ان يجري عليه الرق بغير السبي فان قلنا بالاول لزم الشرط ولم يسقط بالاسقاط بعد العقد لانه من مقتضيات نه
وانما يسقط بالاسقاط ما في الذمة او الحق الضعيف الذي لا يقتضي الملك كالتحجير وان قلنا بالثاني فالشرط
باطل لا محالة وهل يبطل به العقد يحتمل ذلك ولا يخفى ان دلايل الثاني اقوى والاول هو المشهور بين الاصحاب

ولو تزوج الحر من غير اذن مالكها ووطئ قبل الرضا عالما بالتحريم فهو زان وعليه الحد وفي المهر مع علمها اشكال ينشأ
من انها زانية ومن ملكية البضع للمولى   اي لو تزوج الحر الامة بلا سابقة اذن مالكها وهو عالم بكونها
امة بدليل قوله عالما بالتحريم ثم وطئ قبل صدور الرضا من المولى عالما بتحريم ذلك فهو زان قطعا لصدق حد الزاني
عليه ويجب الحد عليه بحسب حاله وفي وجوب المهر اذا كانت هي ايضا عالمة بالتحريم اشكال ينشأ من انها زانية ولا
مهر للزانية لقوله صلى الله عليه وآله لا مهر لبغي والنفي للثبوت والاستحقاق وهو للعموم لوقوع النكرة في سياق النفي ومن ان
البضع حق المولى وملكه فلا يؤثر علمها ورضاها في سقوط حقه ولقائل ان يقول ان البضع وان كان حق المولى
الا انه ليس على نهج الاموال ليكون مطلق الانتفاع به موجبا للعوض وانما يستحق العوض به على وجه مخصوص
فانه لو تراضى الواطئ والمولى على عوض للوطئ من دون عقد شرعي لم يستحق شيئا ولو قبل احد مملوكة الغير او لمسها
او استمتع بها بما سوى الوطئ لم يكن له عوض مالي بخلاف ما لو استخدمها اي انواع الخدمة كان والسر في ذلك ان
في الوطئ شائبة التعبد فلا يباح الا على الوجه المعين ولا يكفي فيه مطلق التراضي ولا يستحق به العوض الا على
النهج الذي عينه الشارع وبدونه فليس الا العقوبة في الدنيا والعوض في الاخرى وما سواه فالاصل برائة
الذمة منه فيتمسك به من غير احتياج الى دليل آخر لانتفاء المعارض حينئذ ولا يقدح ما قيل ان الحديث لا يعم
المملوكة لان اللام في قوله عليه السلام لبغي تقتضي الملك والمملوكة يمتنع في حقها الملك على ان لقائل ان يقول على ان اللام فيه
لام الاختصاص الناشئ عن المقابلة فان ذلك هو المراد من نظائره مثل قولك لا اجرة لهذا العبد ولهذه
الدار ولهذه الدابة وامثال ذلك مما لا يتناهى ثم ان الظاهر ان الحديث انما ورد في البغايا من الاماء لان العادة
كانت بينهم حمل الاماء على الزنا ليبتغون بذلك العوض وعلى هذا فالاصح عدم الوجوب ولو علمت التحريم هي
وجهله هو فلا مهر لما قلناه ولو جهلت خاصة ثبت المهر للشبهة وكذا لو اكرهها لقيام الشبهة ولهذا يلحق
بها الولد والولد رق لمولاها في هذه الصور لان للعاهر الحجر وهذا كله اذا لم يجز المولى العقد اما اذا اجازه
وقلنا ان الاجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه فان المهر المسمى يلزم ويتحقق استقراره ويلحق به الولد
لانه قد تبين كونها زوجة حين الوطئ وعلى هذا فلا حد لانتفاء كونه زانيا اذ هي زوجة غاية ما في الباب انه اقدم
على محرم فاستحق التعزير   ولعل الاصحاب انما تركوا التعرض الى هذا اعتمادا على ظهوره بتقدير مقدماته
ولو كانت بكرا لزمه ارش البكارة   المراد ان الامة في الصورة السابقة لو كانت بكرا فاقتضها لزمه ارش
بكارتها وظاهر السياق ان لزومه لا ريب فيه وهو الذي ينساق اليه النظر لان الاقتضاض امر زائد على اصل
الوطئ ولهذا لو وجب مع المهر اذا كانت جاهلة وليس جزءا من المهر وانما هو عوض جناية الا ان تردد المص
في حكم العبد لو اذن يحتمل ان يكون مهرا فيجيء فيه الاشكال من حيث انه لا مهر لبغي وهو غاية البعد   ولو

كان عبدا

كان عبدا فان قلنا انه ارش جناية تعلق برقبته ويباع فيه وان قلنا انه مهر تبع به بعد العتق   اي لو كان
المتزوج في الصورة المذكورة بدل الحر عبدا وكانت الامة بكرا فافتضها ففي تعلق عوض البكارة برقبته او بذمته
في ذمته يتبع به اذا اعتق وجهان مبنيان على ان العوض ارش جناية او مهر وكل منهما محتمل اما كونه ارش جناية
فلان الافتضاض تفريق اتصال في اللحم وجرح على الآدمي وهذا معنى الجناية واما كونه مهرا فلانه تابع للوطي وقد
جعل في جملة المهر لو وطي حرة بكرا لشبهة واذا جاءت زوجة الكافر الينا مهاجرة رددنا عليه المهر كملا من غير اسقاط ط
عوض البكارة والاظهر انه ارش جناية ولا يقدح الحكم في الحرة لان المهر في مقابلة الوطي خاصة وهذه الجناية مباينة
مأذون فيها لتوقف الوطي المستحق عليها فلا عوض في مقابلها والموطوءة بالشبهة بتمكينها سقط الارش كما في الزانية
ومن ثم لو اكره حرة بكرا على الوطي فافتضها الحر وجب المهر والارش معا اعلم ان عد ارش البكارة مهرا اقتضى
التردد في ثبوته على العبد ايضا اذ لا مهر لبغي فكان حقه ان يقول وان قلنا انه مهر احتمل سقوطه مع علمها واحتمل
ان يتبع به بعد العتق   والولد للمولى رق   المتبادر ان الحكم برقية الولد جار في الصور السابقة جميعها فيشمل
ما اذا تزوجها العبد لكن سيأتي انه اذا تزوج المملوكان ولم ياذن واحد من الموليين يكون الولد لهما وان اذن
احدهما فالولد لمن لم ياذن الا ان يقال ان ذكر العبد عند ذكر ارش البكارة وقع استطرادا وقوله والولد رق
للمولى مخصوص بمسألة الحر   ومع جهلها فله المهر قطعا   اي مع جهل المملوكة في الصورة المذكورة يستحق
مولاها المهر قطعا لانه وطي بشبهة من طرفها والوطي المحترم لا يخلو من عوض والواجب هو مهر المثل لا المسمى
قطعا لفساد النكاح   ولو وطي جهلا او لشبهة فلا حد وعليه المهر والولد حر وعليه قيمته لمولى الام يوم سقط
حيا هذه عديل المسألة السابقة فانه قيدها بكون العاقد الواطي عالما بالتحريم وهذا بيان حكم الجاهل اي لو وطي
العاقد في الصورة السابقة جهلا بان كان لا يعلم ان وطي الامة بغير اذن مولاه محرم او يعلمه لكن وجد شبهة
كان وجدها على فراشه فظنها زوجته او امته ولم يعلم انها الامة التي عقد عليها فلا حد عليه قطعا للشبهة
الدارئة للحد وعليه المهر ان كانت هي ايضا جاهلة وان كانت عالمة ففي لزومه الاشكال السابق والولد حر لانه
نسيب والاصل الحرية ولا فرق عندنا بين كون الزوج عربيا او عجميا ولا شك ان على الاب قيمته للمولى لانه نماء ملكه
وعليه ايضا ضمان ما يحدث عليها بسبب الحمل والولادة وانما تعتبر القيمة وقت سقوطه حيا لانه وقت الحيلولة
ووقت افراده بالتقويم ووقت الحكم عليه بالمالية لو كان رقا وقد دلت الرواية على ذلك وسيأتي ان شاء الله تعالى
ولا يخفى ان المهر الواجب هنا هو مهر المثل لعلمه بعدم صحة العقد فلا يجب المسمى   وكذا لو ادعت الحرية فعقد
ويلزمه المهر وقيل العشر مع البكارة ونصفه لا معها وان كان قد دفع المهر اليها استعاده وان تلف تبع به والولد
رق وعليه فكه بقيمته يوم سقط حيا وعلى المولى دفعه اليه فان لم يكن له مال استسعى فيه فان امتنع قيل يفديهم

الامام من سهم الرقاب هذه الصورة ثالثة لهما وتحقيقها ان الامة لو ادعت الحرية فعقد عليها النكاح وهو شامل
لما اذا كان لا يعلم حالها وادعت كونها حرة الاصل فبنى على الظاهر ولما اذا كان يعلم انها مملوكة لكن ادعت تجدد
الحرية وفي جواز التعويل في مثل ذلك على مجرد قولها نظر وقد تردد فيه شيخنا في شرح الارشاد ولو انضم الى اخبارها
قراين تثمر ظنها قويا لم يبعد الجواز وحكمها انه اذا دخل بها ان لا حد لانتفاء كونه زانيا وعليه المهر عوض الوطي
المحترم وفي كونه المسمى في العقد او مهر المثل قولان وراجعها قول ثالث وهو وجوب عشر قيمتها ان كانت بكرا
ونصف العشر ان كانت ثيبا والاول مختار المص وجماعة لان العقد صحيح ظاهرا فيثبت ما تضمنه وفيه نظر لان
الفرض وقوعه بغير رضا السيد ولا اثر لكونه صحيحا ظاهرا لانها حرة ظاهرا لانها اذا ثبت رقها بالحجة الشرعية
نعم لو اجاز السيد العقد اتجه ذلك لا سيما اذا قلنا ان الاجازة تكشف عن صحة العقد من حين وقوعه والقول
الثاني مختار الشيخ في المبسوط ونقله الشارح الفاضل عن ابن حمزة ورده شيخنا في شرح الارشاد ووجهه
ان العقد فاسد لظهور الرقية وعدم اذن المولى وقد حصل الوطي المحترم فوجب مهر المثل وهو واضح السبيل
اذا لم يجز المولى وقد سلف نظيره في اخر الرضاع وعلى هذا فيجب ارش البكارة لو كانت بكرا وارش النقص
بالولادة ان حصل بها نقص والقول الثالث مختار الشيخ في النهاية وابن البراج ومستنده ما رواه الوليد بن صبيح
عن ابي عبد الله عم في رجل تزوج امراة فوجدها امة دلست نفسها له قال ان كان الذي زوجها اياه من غير
مواليها فالنكاح فاسد الى ان قال عم ولمولاها عليه عشر قيمتها ان كانت بكرا وان كانت غير بكر فنصف
عشر قيمتها ويمكن تنزيلها على ان العشر ونصف العشر في المسئول عنها مطابق لمهر المثل فيكون حجة
للقول الثاني وههنا احكام تتم البحث بها لو دفع الزوج المهر المسمى اليها فعلى ما اخترناه يستعيده لانه باق
على ملكه وان تلف كان في ذمتها يتبعها به اذا اعتقت وكذا على القول الثالث اما على القول بلزوم المسمى فانه
مضمون عليه الى ان يصل الى السيد او وكيله فان تلف قبل ذلك غرم للسيد بدله ويتبعها بالتالف اذا اعتقت
وايسرت وقول المص فان كان قد تلف فيه المهر الخ في حيز قوله وقيل وليس مختاره وقد صرح بفتواه قبل
القول قال ويلزمه المهر فان المتبادر منه المسمى وان كان السياق يقتضي وجوب المهر المذكور في الصورة السابقة
وذلك مهر المثل الا ان الشارح الفاضل وشيخنا في شرح الارشاد صرحا بان مراد المص بالمهر في هذه المسئلة المسمى
وفي قبلها مهر المثل ولا ريب ان قوله فان كان قد دفع المهر اليها استعاده يتجه على قول المص ايضا الا ان ما بعده
لا يتجه فلذلك جعل كله في حيز قيل الولد حر لانه نسيب لاحق بالاب فيتبعه في الحرية وقد صرح
بحريته في الرواية السابقة ايضا وقال الشيخ في النهاية وابن البراج ان الولد رق وعلى الاب فكه بقيمته يوم سقط
حيا وعلى المولى دفعه ومع اعساره يستسعى في القيمة فان امتنع فداه الامام من سهم الرقاب ومستنده

ما رواه

ما رواه سماعة عن الصادق ع في مملوكة اتت قوما وزعمت انها حرة فتزوجها رجل منهم واولدها ولدا ثم ان اتاهم فاقام م
عندهم البينة انها مملوكة واقرت الجارية بذلك فقال تدفع الى مولاها هي وولدها وعلى مولاها ان يدفع ولدها الى
ابيه بقيمته يوم يصير اليه قلت فان لم يكن لابيه ما ياخذ ابنه به قال يسعى ابوه في ثمنه حتى يؤديه وياخذ ولده قلت
فان ابى الاب ان يسعى في ثمن ابنه قال فعلى الامام ان يفديه ولا يملك ولد حر وقد نص جماعة منهم ابن ادريس على
وجوب فدائه حر بالرفع والتنوين على انه صفة الولد وقالوا ان فداءه بالجر وهم وانكر ابن ادريس فك الامام الولد
من سهم الرقاب لانه ولد حر على ما صرح به في الرواية فكيف يشترى من سهام الرقاب وهو كلام وجيه وليس في
الرواية ما ينافيه وانكر المص في المختلف الاستسعاء ووجوب الاخذ من بيت المال نعم يجوز لانه من المصالح وحمل
الامر بالسعي الوارد في الرواية به الى الباد ولا يجب اداؤه من بيت المال نعم يجوز لانه من المصالح وحمل الامر ٥
بالسعي الوارد في الرواية على الاستحباب بعد الطعن في سندها ورد انكار ابن ادريس بان المدفوع الى المولى
عوض عن رقبة من شانها ان تقوم وتزال يد المولى عنها فدخلت تحت قوله تع وفي الرقاب ويمكن المناقشة بان
المدفوع ليس عوض الرقبة اذ الحر لا عوض له بل هو عوض ما فات على المولى من نماء الجارية والطريق المعروفة
وتفويت هذا الولد فلا تتناوله الآية واعلم ان قول المص والولد رق من تتمة القول المحكي وليس فتوى المص ومن توهم
كونه فتواه فقد غلط فانه قد صرح فيما اذا وطئ بشبهة يكون الولد حرا ولا ينحط هذا عن الوطئ بشبهة ثم قوله بعد فان امتنع
قيل يؤكد هذا فانه استيناف حكاية القول الاول اذ كان من قبله محكيا لان جميع ذلك قول واحد ولم يذكر المص
هنا حكم الرجوع بالمهر على من دلسها وحكم الرجوع به على المدلس فان كانت هي المدلسة لنفسها تبعت به اذا اعتقت
لان المغرور يرجع على من غره وسياتي احكام ذلك كلها في التدليس ان شاء الله تع   ولو شهد شاهدان بحريتها
فتزوجها ثم رجعا لم يلتفت الى رجوعهما وضمنا لمولاها قيمة الجارية والولد والمهر وان ثبت تزويرهما نقض الحكم
وكان الولد حرا وعلى الاب قيمته يوم سقط حيا والذي يقتضيه صحيح النظر ان الواجب في الصورة الثانية مهر
المثل وفي الاولى المسمى ويرجع الزوج على الشاهدين بما اغترمه في الثانية وفي الاولى يضمنان للمولى على ما سبق
وهل يطرد هنا القولان بوجوب استسعاء الاب لو كان فقيرا الخ فيه احتمال والاوجه قصره على مورد الرواية
لانه مخالف للاصل   ولو تزوج العبد بحرة من دون اذن فلا مهر ولا نفقة مع علمها بالتحريم واولادها رق ومع
الجهل فالولد حر ولا قيمة عليها ويتبع العبد بالمهر بعد عتقه   ما سلف هو حكم تزوج الحر بالامة وهذا حكم العكس
وتحقيقه انه اذا تزوج العبد بحرة من دون مولاه فاما ان تكون عالمة بانه رق او لا وعلى تقدير علمها بالرقية فاما ان
تكون عالمة بالتحريم او لا فان علمت بالرق والتحريم فلا مهر ولا نفقة لها لانها قد ضيعت حقها بعلمها بحاله وقد روى
السكوني عن ابي عبد الله ع قال قال رسول الله ص ايما امراة حرة زوجت نفسها عبدا بغير اذن مواليه فقد

اباحت فرجها ولا صداق لها ولا حد عليها في هذه الحالة عند الحاجة مع انها زانية فان الزنا صادق عليه والعقد
بمجرده لا يعد شبهة وقد فرق بين هذه وبين ما اذا تزوج الحر امة عالما بالتحريم بان المرأة يضعف عقلها وعلمها
بمخالطتها اهل الشرع يكفي العقد في الشبهة بالنسبة اليها وقد ينتقض بالعقد الفاسد على الحر اذا علمت بفساده
ثم مكنته من نفسها وقد يمكن الفرق بان هذا العقد فضولي موقوف على الاجازة فلا يبعد كونه شبهة بالنسبة
الى المرأة لضعف عقلها دون الرجل والولد في هذه الحالة رق للمولى لانه لعدم لحاقه بها لانتفاء مقتضي لحريته وهو
نماء العبد ورواية العلاء بن رزين عن ابي عبد الله ع دليل على ذلك ولو جهلت بالتحريم اما لجهلها بالحكم فالولد
حر لانه لاحق بها فيتبعها في الحرية ورواية العلاء بكون الولد رقا منزلة على ما اذا علمت بالتحريم جمعا بينها
وبين دلائل حرية الولد اذا كان احد ابويه حرا ولا قيمة على الام قطعا والفرق بينها وبين الاب ورود النص
ثم وانتفاؤه هنا فيتمسك باصالة البراءة ولان الاب سبب فاعلي بالنسبة الى الولد فهو المباشر والام قابل وهي
اجنبية المباشر وغيره في الاتلاف فالضمان انما هو على المباشر ولما امتنع ان يثبت للسيد على مملوكه مال امتنع
استحقاق القيمة هنا واما المهر فلا يثبت في ذمة العبد لان الوطي المحرم لا مهر فيه فيتبعه به اذا اعتق وهل
لها نفقة لم اقف في كلامهم على شيء اصلا ثم هل هذا المهر هو المسمى ام مهر المثل العبارة خالية من بيان ذلك والذي
ينبغي تحصيله هنا هو ان السيد اما ان يجيز نكاح العبد اولا فان لم يجزه فالحكم ما ذكرناه ولا نفقة لانها تابعة
للتمكين مع النكاح وهو منتف هنا والمهر الذي يجب مع جهلها هو مهر المثل لا محالة وان اجاز نكاح النكا ح
فعلى القول بالصحة يجب المسمى على ما سبق ذكره ومثله النفقة بعد الاجازة اذا كانت ممكنة اما قبلها ففي
وجوبها في ذمته يتبع بها اذا اعتق وجه لانها كانت زوجة في الواقع وقد حصل التمكين المعتبر ظاهرا
وهذا واضح على القول بان الاجازة كاشفة ولو تزوج بامة فان اذن الموليان او لم ياذنا فالولد لهما ولو اذن
احدهما فالولد لمن لم ياذن خاصة ولو اشترك احدهما بين اثنين فاذن مولى المختص واحدهما فاشكال
قد سبق انه اذا تزوج المملوك بامة غير مولاه فان الولد للموليين معا بالسوية وتقرر بين الاصحاب ان ذلك اذا
اذنا في النكاح معا او لم ياذن واحد منهما فاما اذا اذن احد الموليين ولم ياذن الآخر فان الولد لمن لم ياذن خا صه
وقد يستدل له وراء النص فانه قد ذكره بعض الاصحاب وان لم نقف عليه بان من اطلق الاذن لمملوكه في
التزويج قد اقدم على فوات الولد منه فانه قد يتزوج بمن ليس برق فينعقد الولد حرا بخلاف من لم ياذن فيكون
الولد له خاصة اما اذا استويا في الاذن وعدمه فلا اولوية لاحدهما على الآخر وعلى هذا لو اشترك احدهما بين
اثنين فاذن مولى المختص واحد المشتركين دون الآخر ففي اختصاص من لم ياذن منهما به اشكال ينشأ من
اطلاق قولهم ان الولد لمن لم ياذن من الموليين خاصة فانه مقتضاه اختصاص من لم ياذن من المشتركين

بالولد

بالولد لوجود المقتضي للملك في حقه وانتفائه عمن سواه ومن ان النماء يجب ان يكون تابعاً للاصل خرج منه ما اخرجه
دليل وهو هنا ورود النص واطباقهم على اختصاص منهم باذن حيث يكون العبد لمالك واحد وكذا الامة فبقي ما
عداه على الاصل فعلى الثاني فهل يكون للجميع اجزاء لهذه الصورة على الاصل ام للشريكين خاصة لان النص واطلاق
الاصحاب لا يتناولهما كل محتمل وقد يورد على هذا ما اذا تعدد كل من مولى العبد ومولى الامة واذن احد الفريقين
دون الآخر فان الحكم باشتراك الجميع هنا لعدم القطع بان مرادهم بذلك ما اذا اتحد الموليان واستبعاد الاختلاف
في الحكم مع انتفاء الفرق لا يخرج من شيء والحكم بانفراد منهم باذن بهم التعدد يستلزم شمول المتحد والمتعدد فيلزم اختصا ص
من لم ياذن في صورة النزاع وللتوقف في ذلك مجال   ولو زنا العبد بامة غير مولاه فالولد لمولى الامة ولو زنا
بحرة فالولد حر   المراد انه اذا زنى العبد فحصل الولد من دون ان يكون ثم عقد نكاح وجه كون الولد لمولى الامة
ان الزاني لا ماء له فلا ولد له ولما كان الولد كالجزء من الام وجب ان يكون لمولاها ووجه كونها حراً فيما اذا زنى بحرة
ما قلناه من ان الزاني لا ولد له والاصل في الولد الحرية لان الاصل في كل انسان ذلك والرقية انما تثبت بامر طار ري
وهو منتف هنا فان قيل الولد نماء الاب فيكون لمولاه قلنا وهو ايضاً نماء الام الحرة فيجب ان لا يكون عليه سلطان
والحاصل انه مع النكاح في الولد التفصيل السابق وفي السفاح ما ذكر هنا والابعد في اختلاف الحكم باختلاف
السبب والظاهر ان هذا لا خلاف فيه بين الاصحاب   ولو زوج عبده امته ففي اشتراط قبول المولى او العبد
اشكال ينشأ من انه عقد او اباحة   لا ريب ان نكاح السيد لعبده من امته يستدعي صيغة من طرف السيد
هي صورة ايجاب لكن هل يشترط القبول اما من المولى او من العبد فيه قولان للاصحاب واشكال عند المص ينشأ
من احتمال كونه عقداً والعقد انما يتحقق بالايجاب والقبول وان احتمال كونه اباحة فيكفي فيه الايجاب من السيد
كما في كل اباحة وجه الاول صحيحة العلاء عن محمد بن مسلم عن الباقر ع قال سألته عن الرجل كيف ينكح عبده امته
قال يجزيه ان يقول قد انكحتك فلانة ويعطيها ما شاء من قبله او من قبل مولاه ولابد من طعام او درهم او نحو
ذلك وجه الاستدلال به انه ع سماه نكاحاً والنكاح هو العقد وامر باعطاء شيء ولا يجب اعطاؤه الا في العقد دون
الاباحة فان قيل قد انما تدخل على الافعال وصيغ العقود انشاء ان قلنا لا يمتنع دخولها على عقد الانشاء من
حيث انه صورة الفعل ولا شك انه ان امتنع دخولها على الاباحة لاشتراكهما في الانشاء فان قيل على تقدير كونه
عقداً لا يجزي انكحتك وقد حكم عليه باجزائه فلا يكون عقداً قلنا المسؤول عنه هو نكاح السيد وهو ما يكون معتبراً
من جانبه اما القبول فليس مسؤولاً عنه فانه يجوز وقوعه من جانب العبد وتسميته هذا نكاحاً يستلزم اعتبار القبول
فيكون كافياً في الدلالة عليه وكذا رواية علي بن يقطين عن ابي الحسن الماضي ع انه سئل عن المملوك ايحل له ان يطأ الامة
من غير تزويج اذا احل له مولاه قال لا يحل له وجه الاستدلال به انه ع نفى الوطء بالتحليل من دون التزويج فانحصر الحل حل ص

في العقد لانه لا واسطة في حل الفرج بين العقد والملك ووجه الثاني صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال سألته عن قول الله عز وجل والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم قال هو ان يأمر الرجل عبده وتحته امته فيقول اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسها وجه الاستدلال به انه عليه السلام جعل رفع هذا الحدث المولى ولو كان نكاحا لكان رفعه بيد الزوج لان رافع العقد اما الطلاق او الموت او تجدد ملة او نحله او الفسخ بتجدد الملك او العتق او العيب او التدليس بالاستقراء وما عدا الاول معلوم الانتفاء هنا وكذا الاول لان الطلاق لا يكون الا بيد الزوج لقوله عليه السلام الطلاق بيد من اخذ بالساق ولان الامر بالاعتزال لا يعد طلاقا قطعا ولقائل ان يقول ان انحصار رافع النكاح فيما ذكر لا دليل عليه الا الاستقراء وليس بحجة ولم لا يجوز ان يكون هذا الامر بالاعتزال ضربا من الفسخ للنكاح جعله الشارع بيد السيد ارتفاعا بحاله ولا وجه للتوقف فيه بعد ورود النص الصحيح الصريح به هذا مع ان المتبادر من المحصنات في قوله تعالى والمحصنات من النساء المزوجات فتكون الآية حجة على كونه عقدا من هذا الوجه والاول اوجه وهو قول المفيد والشيخ وجماعة والثاني قول ابن ادريس واعلم ان المتبادر اعتبار القبول على كل من التقديرين اولى لان الامر في الفروج مبني على الاحتياط التام وسيأتي ان التحليل تمليك للمنفعة والتمليك لا يكون الا بالقبول ۝ وفي وجوب اعطائها شيئا من مال المولى خلاف ذهب الشيخان وابو الصلاح وابن البراج وابن حمزة الى وجوب الاعطاء عملا برواية محمد بن مسلم السابقة وهي وان تضمنت اعطاءها شيئا من قبل العبد او المولى الا ان الذي يعطيه العبد ملك المولى فان الذي يكون من قبل العبد انما يكون من كسبه وهو وعلى التقديرين يكون الاعطاء من مال المولى فان الذي وذهب المصنف وجمع من المتأخرين الى عدم الوجوب لان مهر المملوكة اذا وجب استحقه المولى اذ هو عوض البضع المملوك واستحقاقه على نفسه غير معقول لا يقال لا يمتنع كون المهر للمملوكة واستحقاق المملوكة على سيدها في الجملة غير ممتنع فانه يستحق عليه النفقة وما جرى مجراها كالكفن وقد وردت الرواية بذلك فيجري على ظاهرها لانا نقول اما النفقة وما جرى مجراها فانها ليست عوضا عن شيء وانما هي من توابع المالية التي لا بد منها بخلاف المهر الذي هو عوض البضع المملوك للمولى فانه يستحيل كون العوض لغير مالك العوض وتحمل الرواية به على الاستحباب المؤكد لما فيه من جبر قلبها ورفع منزلة العبد عندها وهذا اقوى وينبه على الاستحباب الامر باعطاء درهم او طعام اذ لو وجب لكان الواجب اما المسمى او مهر المثل بالدخول وهو خلاف المنصوص فان قيل فيلزم خلو النكاح عن المهر في العقد والدخول معا قلنا لما امتنع ثبوته هنا لم يكن عدم وجوبه محذورا وليس ذلك باعجب من الجناية فانها توجب الارش الا اذا جنا العبد على سيده فلا شيء وان عتق وكذا اتلاف المال موجب للضمان الا هنا اذا تقرر ذلك فاعلم ان الشارع الفاضل ولد المصنف بنى القول بالوجوب على مقدمات اثار التكليف ظاهرة عليها وزعم انه متى منعت احدهما او

لانه الوجوب وليس كما قال فان منها ان المملوك لا يملك على المولى شيئا ولو منعت هذه لم يمنع القول بالوجوب بل كان القول
به اظهر ثم ارجع الى عبارة الكتاب واعلم ان المص تردد في كون تزويج السيد عبده امته عقدا او اباحة ثم ذكر الخلاف
في وجوب اعطائها شيئا ولا شك ان الوجوب لا يتاتى على كل من القولين بل انما هو على القول بكونه عقدا اذ لا خفاء
في عدم الوجوب على تقدير كونه اباحة فكان الاحسن ان يقول وعلى القول بكونه عقدا هل يجب اعطاؤها الخ
ولو اعتقا فاجازت قبل الدخول او بعده مع التسمية وعدمها فاشكال هذه المسائل من احكام تزويج
السيد عبده من امته وتخييرها انه اذا اتحد عتقهما بعد التزويج تخيرت في ابقاء النكاح وفسخه على ما سياتي
ان شاء الله تعالى فان اختارت الفسخ فلا بحث وان اختارت الاجازة فاما ان يكون العتق قبل الدخول او بعده
وعلى التقديرين فاما ان يكون قد سمى لها مهرا في العقد اولا فهذه احوال اربعة وفي حكمها بالنسبة الى بقاء
النكاح وثبوت المهر اشكال هذا هو الظاهر من العبارة فانه ذكر الخلاف في كون هذا التزويج عقدا او اباحة
ثم ذكر الخلاف في وجوب المهر وعدمه ولم يذكر متعلق الاشكال فناسب عوده الى جميع ما ذكر ويمكن تعلقه
بالمهر خاصة لقربه وتحقيقها في مباحث اذا اعتقا قبل الدخول مع التسمية واجازة ومنشأ الاشكال
في بقاء النكاح من كونه عقدا وقد اجازته بعد العتق فيبقى ومن انه اباحة تابعة للملك فيزول بزواله
ومنشاؤه في المهر قريب من ذلك فانه على القول بكونه اباحة لا مقتضي للمهر والتسمية لاغية وعلى القول بكونه
عقدا يحتمل العدم لامتناع ثبوته لاستلزام المحال وهو ثبوته للسيد على نفسه فيلغو التسمية ويحتمل الثبوت
اما بناء على القول بوجوبه على السيد للامة بالعقد او اجراء لهذا العتق بالنسبة الى المهر مجرى العقد الفضولي
اذا منعنا من وجوبه على السيد لكن الوجوب على الزوج لا يهامه ويحتمل وجوب مهر المثل الغاء للتسمية فبالدخول
يجب مهر المثل على الزوج الصورة بحالها ولم يسم مهرا والحال في بقاء النكاح كما سبق واما الاشكال في المهر
فمنشاؤه من انه لم يجب في الابتداء فلا يجب بعد ذلك وقد استحق الزوج البضع بغير عوض فلا يجب العوض
بعد ومن انها كمفوضة البضع لاشتراكهما في اخلاء العقد عن ذكر المهر وقد ملكت بضعها قبل الدخول
فوجب لها بالدخول مهر المثل على الزوج لان موجب المهر انما تحقق بعد العتق وان طلق وجبت المتعة وان
مات احدهما قبل الدخول فلا شيء ان يكون العتق بعد الدخول مع التسمية فاما النكاح فعلى ما سبق واما
المهر فمنشاء الاشكال فيه من تكافؤ الاحتمالات فانه على القول بكونه عقدا يحتمل عدم وجوب شيء لانها اذا لم يجب
لها شيء بالعقد والدخول لا يجب لها شيء بعد ذلك ولان المهر لو وجب لوجب للسيد وهو ممتنع هاهنا ويحتمل
الوجوب لان النكاح الصحيح والوطي المحترم يمتنع خلوهما عن المهر وقد ورد في الاخبار الامر باعطائها
شيئا وما الذي يجب اهو المسمى ام مهر المثل فيه اشكال ينشأ من وقوع العقد صحيحا وقد تضمن التسمية

فيستصحب حكمها ومن ان التسمية على القول بالغائها لاحكم لها فيجب بالدخول مهر المثل على السيد لان ذلك عوض
الوطي المحترم هذا لم يكن قد اعطاها شيئا اما مع الاعطاء فالمناسب ان لا يجب غيره ولا يخفى ان بعض هذه
المقدمات في موضع المنع   الصورة بحالها لكن لا تسمية والاشكال هنا في النكاح وفي ثبوت مهر المثل
على السيد وعدمه هذا تحرير المسألة واما تحقيقها فان اكثر دلايل هذه المسائل مدخولة والمتجه عدم وجوب
شيء الا اذا حصل العتق قبل الدخول فانه يحتمل وجوب مهر المثل على الزوج ويحتمل مع التسمية وجوب المسمى
اما على السيد او على الزوج   ولو مات كان للورثة الفسخ لا للامة   اي لو مات مولى العبد والامة المبحوث
عنها وهما على الرقية كان للورثة فسخ النكاح كما كان للمورث لانها ملك للورثة ولا يثبت الفسخ للامة لانتفاء
المقتضي له في حقها   ولو تزوج العبد بمملوكة فاذن له مولاه في شرائها فان اشتراها لمولاه او لنفسه
بالاذن او ملكه اياها بعد الابتياع وقلنا انه لا يملك فالعقد باق والا بطل اذا ملكها   اي لو تزوج العبد
بمملوكة لغير مولاه فاذن له مولاه في شرائها اما للمولى او لنفسه فان اشتراها لمولاه فالنكاح باق لان انتقال المملوكة
من مالك الى آخر لا يقتضي فسخ النكاح لكن للمولى الفسخ متى اراد كما لو زوج امته عبده ابتداء وفي رواية محمد
بن مسلم السابقة ما يدل على ذلك ولو اشتراها لنفسه بالاذن فان قلنا ان العبد لا يملك فالنكاح بحاله
والشراء باطل ولو قلنا انه يملك صح الشراء وبطل النكاح لدخولها في الملك وقد سبق انه اذا طرء الملك على
النكاح انفسخ النكاح وكذا لو ملكه اياها بعد ابتياعها له ولو اشترى لنفسه بغير اذن وقف على اجازة
المولى فان لم يجز بقي النكاح اذا عرفت ذلك فاعلم ان قول المص او لنفسه بالاذن يريد به ان المولى اذن له في
شرائها لنفسه ولا يغني عن ذلك قوله فاذن له مولاه في شرائها لان الاذن في الشراء في الجملة لا يقتضي الاذن
في الشراء لنفسه وقوله والا بطل معناه وان قلنا ان العبد يملك بطل العقد اذا اشتراها لنفسه بالاذن له في
ذلك او ملكه اياها بعد الابتياع وفائدة قوله اذا ملكها ان قوله فالعقد باق وقع جوابا عن ثلث مسائل فلو
اقتصر على قوله والا بطل لاقتضى ثبوت البطلان في المسائل الثلث اذا قلنا ان العبد يملك وليس كذلك لانه
شراءه اياها لمولاه لا ينافي النكاح على حال اذ المنافي دخولها في ملكه على ما قررناه   ولو تحرر بعضه واشترى
زوجته بطل العقد وان كان بمال مشترك   لا ريب انه اذا تحرر بعض المملوك جرت على ذلك البعض احكام
الحرية من حصول الملك ولوازمه من البيع والشراء والتمليك فاذا اشترى هذا زوجته المملوكة بمال الكسب
ببعضه الحر واختص بملكه ملكها لا محالة وانفسخ النكاح بدخولها في ملكه وان اشتراها بمال مشترك بينه
وبين المولى كالحاصل بكسبه كله فانه يملك منها بقدر نصيب الحرية لان الشراء انما ينفذ في قدر نصيبه من
الثمن وينفسخ النكاح ايضا لان ملك البعض يقتضي فسخه بالنسبة اليه فينفسخ كله لان النكاح لا يجامع

الملك اصلاً فلا يتبعض لظاهر قوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم ولو اشترى الحصة احد
الشريكين بطل العقد وحرم وطؤها فان اجاز الشريك النكاح بعد البيع ففي الجواز خلاف وكذا لو حللها تحرير
المسألة انه اذا عقد الحر نكاحاً على امة مشتركة بين اثنين حيث يجوز له العقد على الامة ثم اشترى حصة
احد الشريكين انفسخ النكاح لما اسلفناه عن قريب فيحرم الوطي لاستلزامه التصرف في مال الشريك وما
الذي يحل به الفرج اختلف الاصحاب على اقوال اربعة انه لا طريق الى حلها الا ملك جميعها لان امر الفرج
مبني على الاحتياط التام فلا يتعدى سبب الحل وقد حصر سبحانه وتعالى السبب في شيئين العقد والملك
في قوله عز وجل والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم والتفصيل قاطع للشركة
فلا يكون الملفق منهما سبباً وللاجماع على ذلك فان قيل لا دلالة في الآية على المطلوب لاحتمالها ارادة منع
الجمع ايضاً وهي غير معلوم قلنا لا نم ان الدلالة موقوفة على ارادة منع الجمع فان الفرج ممنوع منها
بالنص والاجماع الا بالعقد او الملك ولم يثبت كون المجموع الملفق منهما سبباً لان اقل الاحوال في الآية
كونها محتملة فيستصحب حكم المنع وهذا القول مختار ابن الجنيد وجمع من المتأخرين حلها بالعقد على ما
ذكره الشيخ في النهاية فانه قال حرمت عليه الا ان يشتري النصف الآخر او يرضى مالك نصفها بالعقد فيكون
ذلك عقداً مستأنفاً وتبعه ابن البراج واورد ان العقد الاول قد بطل بشرائه النصف فكيف يصح بالاجازة ره
وهو قد وقع اولاً برضاه ولم يتجدد له ملك فلا يقف على اجازته واجاب المحقق بن سعيد في النكت بانه
المراد ايقاع البيع على النصف الثاني فكانه قال الا ان يشتري النصف الآخر من البائع ويرضى مالك
ذلك النصف بالعقد فيكون الاجازة كالعقد المستأنف ويكون الالف في قوله او سهواً من الناسخ او
تكون بمعنى الواو ولا يخفى ما في هذا التأويل من البعد والقول بحلها بالعقد العلامة وقال المص في
المختلف في تحقيق كلام الشيخ والوجه عندي ان الاشارة بذلك الى العقد الاول وبطلانه في حق الشريك
ممنوع وتضعف بانه لا معنى للرضا بالعقد حينئذ من مالك النصف مع لزوم التبعيض حلها باباحة
الشريك وهو قول ابن ادريس لان الاباحة شعبة من الملك لانها تمليك للمنفعة فيكون حل جميعها
بالملك ويؤيده رواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع في جارية بين رجلين دبراها جميعاً ثم احل احدهما
فرجها لصاحبه قال هو له حلال وهذا القول محتمل الا ان المنع احوط لتوهم تبعض السبب
حلها متعة اذا جرى بين الشريكين مهاياة على خدمتها وعقد عليها متعة في نوبة الشريك الآخر بانه
لاختصاصه بمنفعة تلك المدة وليس بشيء لان منفعة البضع لا تدخل في المهاياة ولا يخرج بذلك عن
التبعيض ثم ارجع الى عبارة الكتاب واعلم ان قول المص فان اجاز الشريك بعد البيع الخ اشارة الى

قول الشيخ وقوله وكذا لو حللها معناه وكذا في الجواز خلاف لو حللها الشريك لشريكه فهو اشارة الى قول ابن
ادريس ولو ملك نصفها وكان الباقي حراً لم تحل له بالملك ولا بالدائم وهل تحل متعة في ايامها قيل
نعم قد بينا ان سبب حل الفرج لا يتبعض ولا يتلفق من شيئين مختلفين فعلم انه لو ملك نصف امة
وكان نصفها الآخر الآخر لا يحل له وطؤها بالملك على حال من الاحوال لان ملكه انما هو النصف خاصة فان
النصف الآخر وليس ملك النصف كافياً في حل الجميع وكذا لا تحل بالاباحة لانها انما تصح من مالك
الرقبة اما المرأة فلا يصح تحليلها نفسها اجماعاً وكذا لا تحل بالعقد الدائم اتفاقاً للزوم تبعيض السبب
وهل يحل له وطؤها متعة اذا هاياها وعقد عليها المتعة في ايامها فيه قولان احدهما وبه قال اكثر الاصحاب
المنع للتبعيض الممنوع منه فانه لم يخرج بالمهاياة قطعاً والا تحل لها المتعة بغيره في ايامها والثاني وبه
قال الشيخ في النهاية الجواز عملاً بما روي عن الباقر عليه السلام في جارية بين رجلين دبراها جميعاً ثم احل احدهما
فرجها لشريكه فقال هي حلال ثم قال وايهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذي
مات ونصفها مدبراً قلت ارايت اذا اراد الباقي منهما ان يمسها اله ذلك قال لا الا ان يثبت عتقها
ويتزوجها برضى منها متى ما اراد قلت له اليس قد صار نصفها حراً وقد ملكت نصف رقبتها والنصف
الآخر للباقي منهما قال بلى قلت فان هي جعلت مولاها في حل من فرجها الشريكه فيها قال ان الحرة لا تهب فرجها
ولا تعيره ولا تحلله ولكن لها من نفسها يوم وللذي دبرها يوم فان احب ان يتزوجها متعة في اليوم الذي
تملك فيه نفسها فيستمتع منها بشيء قل او كثر وقد تقدم صدر هذه الرواية ولا شك ان الامر في الفروج
شديد فلا يجترأ عليها بمثل هذا الحديث وينبغي التمسك بالتحريم الى ان يوجد ما يصلح دليلاً للجواز
وهل يقع عقد احد الزوجين الجاهل العالم بعبودية الآخر فاسداً او موقوفاً على اذن المالك الاول لا الثاني
نعم لو اعتق قبل الفسخ لزم بالعقد من الطرفين تقدم انه اذا تزوج العبد او الامة بغير اذن المولى
هل يكون العقد باطلاً من اصله او موقوفاً على اجازة المالك وتقدم ايضاً انه اذا تزوج الحر الامة بدعواها
الحرية ودخل يلزم المسمى لصحة العقد ظاهراً لا باطناً فاسداً او موقوفاً وذلك لان كلاً من الزوجين ممنوع
من ايقاع العقد بخلاف ما لو كان الحر جاهلاً بالعبودية فانه من طرفه لا مانع من صحته والاصح كونه موقوفاً
لان النهي في غير العبادات لا يدل على الفساد ولو دل لم تفرق بين ما اذا توجه الى احد الجانبين وما اذا
توجه الى كليهما ويتفرع على ذلك ما اذا اعتق المملوك من الزوجين قبل فسخ المولى العقد فعلى القول
بوقوع العقد باطلاً من اصله هو على حكم البطلان فان الحكم لا يصححه وعلى الاصح وهو وقوعه موقوفاً
يلزم بالعتق من الطرفين لوقوعه صحيحاً في نفسه وانما منع لزومه عبودية احد الزوجين وقد

و في المنع للتبعيض الظاهر [illegible] فضلاً عن [illegible] له

ولو

بالت واذا انتفى المانع عمل المقتضي عمله فان قيل قد سبق في البيع انه لو باع مال غيره فضولياً ثم ملكه واجاز
في الصحة اشكال وهنا جزم بصحة النكاح اذا اعتق الرقيق من الزوجين فما الفرق قلنا يمكن الفرق بان
نقل الملك الى البائع الفضولي ينافي العقد الفضولي لان مقتضاه نقل الملك الى المشتري وهو يمنع من
الانتقال الى البائع ومع وجود المنافي يمتنع الصحة بخلاف الفضولي في الصورة المذكورة لان مقتضاه ثبوت
النكاح لولا المانع وهو الرقية وبالعتق زال المانع فوجب الحكم بلزوم العقد ولقائل ان يقول ان المانع
ليس هو الرقية بل عدم اذن المولى وذلك باق غير زائل وقد توقف صحة العقد عليه فلا يحكم بصحته لتعذره
بالعتق ومثله ما لو باع المملوك قبل اجازة العقد واعلم ان المضاف اليه المحذوف في قول المصنف تقديره
فحينئذ اذا كان الاولى القول بكون العقد موقوفاً حذف فعوض التنوين عنه وهي ثلثة العتق والبيع والطلاق
الضمير في مبطلاته يعود الى العقد على الاماء وسمى العتق والبيع والطلاق مبطلات له مجازاً من حيث
ان كلا من العتق والبيع يؤول الى ابطاله في كثير من الصور وليس جميع اقسامهما مبطلة له فان من اعتق
مملوكته المزوجة تخيرت كما سيأتي ان شاء الله تع ولو باعها تخير المشتري ولو كانت موطوءة لم يحرم
وطؤها بالعتق والبيع وهنا كلام هو ان مبطلات نكاح الاماء لا ينحصر فيما ذكره فان اللعان من المبطلات
على قول والفسخ بالعيب والاسلام والارتداد كذلك وكذا امر المولى عبده باعتزال زوجته مملوكة المولى
ومنع المحلل له اذا اعتقت الامة وكان زوجها عبداً كان لها الخيار على الفور في الفسخ والامضاء سواء
دخل اولا لا خلاف بين العلماء في ان الامة المزوجة بعبد اذا اعتقت يثبت لها الخيار لما روى العامة
والخاصة ان بريرة عتقت فخيرها رسول الله ص وروى ان زوجها كان عبداً وفي بعض الاخبار ان اسمه
مغيث والسر في ذلك حدوث الكمال لها وبقاء النقص بالعبودية للزوج وهو يستلزم تضررها من حيث ٢
ان سيده يمنعه عنها ولا نفقة لولدها عليه ولا ولاية له على ولدها ولا ارث منه وهذا الخيار على الفور عند
الاصحاب اقتصاراً في فسخ العقد اللازم على موضع اليقين والضرورة تندفع بذلك ولظاهر قوله ص
لبريرة ملكت بضعك فاختاري فان الفاء للتعقيب فان قيل قد روى ان زوج بريرة كان يطوف خلفها ويبكي
خوفاً من ان تفارقه وطلب من النبي ص ان يشفع اليها فشفع فلم تقبل ولو كان على الفور بطل حقها بالتا خير
واستغنى عن الشفاعة قلنا لا دلالة فيه لان الظاهر من الحديث ان الشفاعة كانت بعد فسخها ولذلك
روى انه كان يطوف ويبكي ولم يامرها ص بترك الفسخ بل قال لها لو راجعتيه فانه ابو ولدك فقالت يا رسول الله
تامرني بامرك فقال لا انما انا شافع فقالت لا حاجة لي فيه والظاهر ان المراد المراجعة في الحديث تجديد
النكاح ولا فرق في ذلك بين ان يكون العتق قبل الدخول او بعده لقول الصادق ع ايما امرأة اعتقت فامرها

بيدها   الا اذا زوج ذو المائة امته في حال مرضه بمائة وقيمتها مائة ثم اعتقها لم يكن لها الفسخ قبل الدخول
والا لسقط المهر فلم يخرج الثلث فيبطل عتق بعضها فيبطل خيارها فيدور هذا استثناء من قوله سواء دخل
اولا وتحقيقه انه لا فرق في ثبوت الخيار بالعتق اذا وقع قبل الدخول او بعده الا في الفرض المذكور وهو ما اذا
كان لشخص جارية قيمتها مائة مثلا وهو يملك مائة اخرى فزوجها بمائة سواء كان في حال صحته او مرضه
من غير فرق بينهما لان تزويجها لا يتضمن اتلافا بل اكتسابا للمهر فوقوعه في الصحة والمرض سواء وقد تضمنت
عبارة الكتاب وقوع التزويج في المرض وليس بحسن لانه يوهم كون ذلك قيدا للمسألة نعم لا بد لتكميل الفرض
من كون الاعتاق قد وقع في المرض قبل الدخول فانه حينئذ لا يثبت لها خيار الفسخ اذ لو ثبت لادى ثبوته
الى عدم ثبوته   وذلك لانه لو فسخت لسقط المهر فان الفسخ قبل الدخول من جانب الزوجة مسقط للمهر
كما علم غير مرة واذا سقط المهر انحصرت التركة في الجارية والمائة فلم ينفذ العتق في جميعها بل يبطل فيما
زاد على ثلث التركة ويبطل خيارها لان الخيار انما يثبت اذا اعتق جميعها قطعا فيكون ثبوته مؤديا
الى عدم ثبوته وذلك هو الدور فيتعين قطعه بالحكم بانتفائه وهذا بخلاف ما لو كان العتق في حال الصحة
فانه حينئذ لا يعتبر من الثلث فالخيار بحاله وكذا لو كان العتق في المرض السابق الدخول لان المهر لا يسقط
حينئذ بانفساخ النكاح وقول المص في مرضه يريد به مرض موته واعتمد في ذلك على ظهور الحال   ولو كانت
تحت حر ففي خيار الفسخ خلاف   اختلف الاصحاب في ثبوت الخيار للامة اذا اعتقت والزوج حر
فقال الشيخ في النهاية والمفيد وابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس والمص في المختلف وغيره ان لها الخيار
وقال في المبسوط والخلاف ليس لها والاصح الاول لنا عموم صحيحة ابي الصباح الكناني عن الصادق عم
قال ايما امرأة اعتقت فامرها بيدها ان شاءت اقامت وان شاءت فارقته ورواية زيد الشحام عن الصادق عم
قال اذا اعتقت الامة ولها زوج خيرت وان كانت تحت حر او عبد وقريب منه هذه رواية محمد بن
ادم عن الرضا عم وغير ذلك من الاخبار احتج الشيخ بان الاصل لزوم العقد وحدوث الخيار يحتاج الى
دليل وبما رواه ابن سنان في الصحيح عن الصادق عم انه كان لبريرة زوج عبد فلما اعتقت قال لها النبي ص
اختاري وجوابه ان الاصل يعدل عنه للدليل وقد بيناه والرواية لا تدل الا بمفهوم المخالفة وهو ضعيف
في نفسه فكيف مع معارضة المنطوق له على انه قد روي ايضا ان زوج بريرة كان حرا فسقط الاستدلال
بالرواية اصلا وقد علم من ثبوت الخيار اذا كانت تحت حر ثبوته لو كان معتوقا بطريق اولى والاولى منه المكاتب
والمدبرة   واذا اختارت الفراق في موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر وثبت بعده   متى اختارت
المعتقة الفسخ في موضع ثبوت الخيار وهو ما اذا كان الزوج عبدا او حرا على القول بثبوته مع الحر

فلما ان تكون

فاما ان يكون اختيارها للفسخ قبل الدخول او بعده فان كان قبل الدخول سقط المهر كله لان الفسخ قبل الدخول
من المراة موجب لسقوط المهر كما تقرر عن مرة اما لو كان بعده فان ثبوت المهر بحاله لانه قد تقرر بالدخول فلا
يسقط بالفسخ الطارى بعده سواء كان العتق قبل الدخول او بعده وفصل المص فى التحرير تبعا للمبسوط
بانها اذا فسخت بعد الدخول اما ان يكون العتق قد وقع قبله او بعده فان كان بعده فلها المسمى لان الفسخ
استند الى العتق وقد وقع بعد الدخول حين استقر المهر المسمى وان كان قبله بان عتقت ولم تعلم به حتى دخل
فان لها مهر المثل لان الفسخ مستند الى العتق وهو قبل الدخول فصار الوطى كانه فى نكاح فاسد ويضعف
بان استناد الفسخ الى العتق لا يقتضى وقوعه قبل الدخول فصار الوطى بل حين ايقاعه وقد استقر المسمى
بالدخول ولو اخرت الفسخ لجهالة العتق لم يسقط خيارها ولو كان لجهالة فورية الخيار او اصله احتمل
السقوط وعدمه والفرق حيث تقرر ان الخيار للمعتقة حيث يثبت انما هو على الفور فلا شك انه متى اخرته
لغير عذر سقط خيارها كما هو شان كل فورى ولو اخرته لعذر فان كانت جهلت العتق او اصل الخيار بان لم
تعلم ان عتقها موجب لثبوت الخيار او فورية بان علمت ثبوت الخيار وجهلت كونه على الفور ففى كون
كل من الامرين عذرا فلا يسقط معه الخيار او لا اوجه ان لا يكون واحد منهما عذرا فيسقط
الخيار بالتاخير ولو مع احدهما ووجهه ان ثبوت الخيار على خلاف الاصل فيقتصر فيه على محل اليقين
ولان الحكم بفوريته انما كان للجمع بين الحقين حق الزوجة فى الخيار بالعتق وحق الزوج فى النكاح فلا يختلف
بعلمها وجهلها ولانه لو عد الجهل عذرا لزم كون النسيان كذلك لاشتراكهما فى كون كل منهما غافلا والتالى
باطل لان النسيان لا يخرج السبب عن كونه سببا علكل منهما عذرا فيبقى الخيار لان ترتب الخيار على العتق
وكونه على الفور من الاحكام الخفية التى لا يطلع عليها الا الافراد من الناس فلو لم يكن الجهل عذرا لانتفت
فائدة شرعية هذا الخيار لان المطلوب به الارتفاق العام ومع الجهل فالتاخير لا بد منه والتالى معلوم
البطلان والفرق بين الامرين اعنى جهل اصل الخيار وجهل فوريته فيبطل بالتاخير فى الثانى دون الاول
ووجهه ان فائدة شرعية هذا الخيار انما يحصل لعامة المكلفين ان لو بقى الخيار مع جهالة ثبوته اذ لا
تقصير ممن لا يعلم الحكم اصلا لخفائه مثل هذا الحكم غالبا ومع الجهل لا طريق الى ايقاع الفسخ بحال فلا يكون
مقدورا عليه بخلاف جهل الفورية فان الضرر يندفع بعلم اصل الخيار فلا دليل على بقائه مع التاخير
ولان التاخير مع العلم بالخيار يشعر بالرضا عادة فان الكاره للشى شديد الحرص على التخلص مهما
امكن ولان تاخير الفسخ مع القدرة عليه والعلم بالخيار ينافى معنى الفورية قطعا فيمتنع بقاؤه مع جهل
الفورية وهذا الاحتمال اقواها والظاهر ان التاخير للنسيان مسقط لثبوت التقصير بالتاخير الى انه

طا النسيان اما الاكراه فان بلغ الالجاكان وضع واضع يده على فم الزوجة منعها عن الاختيار فانه عذر
ولو خوفت بما يخاف منه عادة ففي عده ذلك عذرا احتمالان ولو كانت غايبة اختارت عند بلوغ الخبر ولو كانت
منفردة ففي عد تاخيرها الى ان تصل الى البرفيع او من تشهده على فسخها مع مبادرتها الى ذلك احتمال ولو ادعت الجهل
بالعتق صدقت بيمينها مع امكان صدقها اذ لا يعلم ذلك الا من قبلها وقريب منه ما لو ادعت الجهل بثبوت
اصل الخيار ولو ادعت الاكراه فالمتجه مطالبتها بالبينة لامكان اقامتها على ذلك ثم عدالى عبارة الكتاب واعلم ان
قول المص احتمل السقوط يريد به في المسئلتين معا وقوله وعدمه يريد به عدم السقوط فيهما وهو الاحتمال الثاني
والفرق به يريد الفرق بين التاخير لجهالة اصل الخيار وجهالة فوريته مع العلم باصله فيثبت في احدهما
وينتفي في الاخر وهو الاحتمال الثالث ولو اختارت المقام قبل الدخول فالمهر للسيد ان اوجبناه بالعقد
والا فلها وبعده للمولى اذا اعتقت الامة المزوجة فاما ان تكون عتقها قبل الدخول او بعده وعلى التقديرين
فاما ان تختار الفسخ او المقام وعلى كل تقدير فاما ان تكون قد سمي المهر او تكون مفوضة وسياتي حكم المفوضة ان شاء
الله تع اما حكم التسمية فانها اذا فسخت قبل الدخول سقط المهر كما قدمناه وليس للسيد منعها من الفسخ
وان تضرر به لان الضرر لا يزال بالضرر بخلاف ما لو فسخت بعده وقد سبق حكم ذلك فاما اذا اختارت المقام
فاما ان يكون قبل الدخول او بعده فان كان بعده فالمهر للسيد لا محالة واطلاق العبارة لا يقتضي انه لا فرق في
ذلك بين وقوع الدخول او بعده وينبغي الفرق فان كان بعده فالمهر للسيد لا محالة وان كان قبله فان اوجبنا
المهر بالعقد وهو الاصح فهو للسيد ايضا لكونها حين ملكه له وان اوجبناه بالدخول فهو لها لكونها حرة
مالكة لبضعها ولو لم يسم شيئا بل زوجها مفوضة البضع فان دخل قبل العتق فالمهر للسيد لوجوبه في ملكه
وان دخل بعده او فرضه بعده فان قلنا صداق المفوضة يجب بالعقد وان لم يفرض لها فهو للسيد وان
قلنا بالدخول او بالفرض فهو لها لوجوبه حال الحرية ما سبق حكم ما اذا سمي لها في العقد وهذا حكم ما
اذا لم يسم لها شيئ وتحقيقه ان المعتقة اذا كانت قد زوجت مفوضة البضع اي لم يسم لها مهر في عقد
النكاح اصلا فان دخل بها الزوج قبل العتق او فرض لها المهر قبله فالمهر للسيد قولا واحدا لوجوبه في ملكه
وان كان دخوله بها بعد العتق او كان فرض المهر بعده قبل الدخول ففي مستحقه وجهان مبنيان على ان
صداق المفوضة متى يجب فان قلنا يجب بالعقد سواء فرض لها او لم يفرض لها حتى دخل على معنى انه
تبين بالفرض ان فرض وبالدخول ان لم يفرض فهو لها لوجوبه حال حريتها والثاني لا تخ من قوة كما سيا
ان شاء الله تع كمال تحقيق المسئلة واعلم ان قول المص فان قلنا صداق المفوضة يجب بالعقد وان لم يفرض لها
يريد به التفريع على القول بان الصداق في التفويض يجب في بالعقد على معنى انه بالفرض يتبين وجوبه

بالعقد

بالعقد وكذا الدخول اذا لم يفرض المعنى انا اذا قلنا بان العقد يستقل بايجاب الصداق ولا يكون للفرض دخل
في ايجابه بل يكون كاشفا عنه فقط فيكون وجوبه بحسب الواقع قبل حصول الفرض ليكون كاشفا عنه فانه
الكشف عن الشئ فرع حصوله في نفسه فاذا قلنا بذلك كان للسيد لا محالة   ولو اعتقت في العدة الرجعية
فلها الفسخ في الحال فتسقط الرجعة ولا تفتقر الى عدة اخرى بل تتم عدة الحرة فلو اختارته لم يصح لانه جار
الى بينونة فلا يصح اختيارها للنكاح فان لم يراجعها في العدة بانت وان راجعها كان لها خيار الفسخ فتعتد
اخرى عدة حرة وان سكتت لم يسقط خيارها   اي لو طلقت الامة طلاقا رجعيا ثم اعتقت وهي في
العدة فاما ان تختار الفسخ في الحال او النكاح او تسكت عن كل من الامرين فان اختارت الفسخ في الحال كا ن
لها ذلك لاستفادتها به قطع سلطنة الرجعة ودفع تطويل الانتظار الى ان يراجع فتفسخ لان ذلك
يقتضي ان تكون العدة منح واذا فسخت اكملت عدة الطلاق ولم يجب استيناف عدة اخرى لانتفاء المقتضي
لها لان العدة وجبت بالطلاق والفسخ لا يقطعها والواجب اكمال عدة حرة عندنا اعتبارا بما صارت اليه
وان اختارت النكاح في الحال لم يصح لانه جار الى بينونة والاجازة تقتضي بقاؤه فلا يتلاقيان كما لو طلقها
رجعية وارتدت ثم راجعها وهي مرتدة فانه لا تصح الرجعة ح فان لم يراجعها في العدة بانت وان راجعها
كان لها خيار الفسخ لبطلان الاجازة السابقة فان فسخت وجب عليها الاعتداد بعده مستانفة لحدوث
البينونة ح ولا يخفى ان الواجب عدة حرة لكونها حين الفسخ حرة وان سكتت فلم تختر واحدا من الامرين
لم يبطل خيارها لان سكوتها لا يدل على الرضا وهي بصدد البينونة ومن الممكن ان لا يراجعها فيحصل الفراق
من غير احتياج الى ظهور رغبتها فيه والحاصل ان سكوتها في هذه الحالة لا ينافي الفور وهو من المطالب واعلم
ان الضمير في قول المص ولو اختارته يعود الى النكاح بقرينة الفسخ وقوله فان لم يراجعها متفرع على قوله لم يصح
وقوله وان سكتت هو الصورة الثالثة من صور المسئلة   وان انفسخت فتزوجها بقيت على ثلث   هذا
راجع الى اصل الباب ولا تعلق له بالبحث الذي قبله والمراد ان المعتقة اذا انفسخ حيث ثبت لها الخيار
فتزوجها الزوج بعقد مستانف بقيت عنده على ثلث طلقات لان الفسخ لا يعد في الطلاق لا سيما اذا وقع من
الزوجة فان من الكنفي في الطلاق بالكناية لا سبيل له الى عده طلاقها هنا لان ذلك انما هو في الواقع من الزوج   ح
ولو اعتقت الصغيرة اختارت عند البلوغ والمجنونة عند الرشد وللزوج الوطي قبله وليس للولي الاختيار
عنها لانه على طريقة الشهوة   اذا اعتقت الامة تحت عبد او حر بناء على ثبوت الخيار معه وكانت صغيرة
ثبت لها الخيار لعموم الاخبار الدالة على ثبوت الخيار لكل معتقة وكذا المجنونة وليس لوليها ان يختار عنها
لان الاختيار منوط بالشهوة والميل القلبي فلا يعتد بوقوعه من الولي لعدم علمه بما تريده الزوجة بل ينتظر

في ذلك بلوغ الصغيرة مبلغاً تملك امرها او افاقة المجنونة بحيث يكمل رشدها فتختار على الفور وللزوج الوطي قبل الفسخ في المجنونة والاستمتاع في الصغيرة بل له الوطي قبله مطلقاً لبقاء الزوجية ما لم تفسخ وثبوت الخيار اصل النكاح لا ينافي بقاء الملك كما لا يخفى ووجوب الانفاق في هذه المدة بحاله مع وجود شرائط واعلم ان اطلاق قوله اختارت عند البلوغ يؤذن بعدم اعتبار الرشد معه فعلى هذا لو بلغت اختارت وان كانت قبل الدخول ولم يتحقق رشدها وان لزم منه سقوط المهر في صورة يجب لها وكذا الفسخ بالعيب وللنظر فيه مجال وعلى ظاهر عبارته فيراد برشد المجنونة افاقتها ولا خيار لها لو اعتق بعضها فان كملت اختارت وذلك لان المقتضي للخيار هو حريتها وهي منتفية مع تحرر البعض خاصة لصدق السلب لمثل ذلك ولا فرق بين كون الاكثر بعض الحرية او بعض الرقية لانتفاء المقتضي اما اذا كملت حريتها فان الخيار يثبت لوجود المقتضي في هذه الحالة ولو لم تختر حتى يعتق العبد فان قلنا بالمنع من الاختيار تحت الحر احتمل ثبوته هنا لانه ثبت سابقاً فلا يسقط بالحرية كغيره من الحقوق والسقوط كالعيب اذا علم المشتري بعد زواله لو اعتقت الامة فلم تختر اما بناء على القول بان الخيار على التراخي او لانها لم تعلم بالعتق الى ان اعتق العبد بني على الخلاف في ثبوت الخيار لو عتقت تحت حر وعدمه فان قلنا بالثبوت ثم فلا بحث في الثبوت هنا وان قلنا بالعدم احتمل هنا الثبوت لانه قد ثبت بعتقها حين وقوعه والاصل بقاء ما كان على ما كان الى ان يحصل المسقط كما في سائر الحقوق ولم يثبت ان تجدد حريته مسقط لخيارها فلا يسقط ويحتمل السقوط لزوال الضرر بزوال رقيته ولان سبب الخيار تركب من تجدد حريتها وكونه رقاً اذ الفرض انها مع الحر لا خيار لها وفيه نظر لان السبب قد حصل ولا يلزم من زوال احد جزئيه بعد ثبوت الخيار زوال الخيار عملاً بالاستصحاب وقول الشارح الفاضل ان بقاء الخيار مشروط ببقاء رقية الزوج لان الاصل بقاء الشرطية ليس بشيء فان الدليل لم يدل الا على انها شرط الثبوت ولا يلزم منه الاشتراط في البقاء والاصل الذي ادعاه لا اصل له ولو اعتقت تحت من نصفه حر فان قلنا بثبوت الخيار لو كانت تحت الحر فلا بحث في الثبوت هنا وان منعناه ثم فالثبوت هنا اظهر لان ضرر رقية الزوج قائم هنا والمعتمد في الاستدلال عموم الاخبار السالفة ولا اثر لهذا التفريع ولو طلق قبل اختيار الفسخ احتمل البقاء فان اختارت الفسخ بطل والا وقع وقوعه اذا ثبت لها خيار العتق فطلقها قبل ان تفسخ فان كان الطلاق رجعياً فالخيار بحاله والحكم كما اذا اعتقت في العدة الرجعية وقد سبق بيانه وان كان بائناً ففيه وجهان احدهما انه يقع موقوفاً بمعنى انه يراعى في الحكم بصحته وفساده اختيارها للفسخ وعدمه فان اختارت الفسخ في العدة ظهر بطلانه وان لم تختره ظهر وقوعه وذلك لان الخيار قد ثبت جزماً

ويتنقذ

وتنفيذ الطلاق في الحال يقتضي ابطاله فلا يكون نافذًا ومثله القول في الطلاق لانه وقع في النكاح مستجمعًا
ما يعتبر فيه فلم يكن بد من الحكم بوقوع الطلاق مراعى فيه عدم طرو الفسخ عليه فان فسخت تبين بطلان الطلاق
اذ لو صح لحصلت البينونة وامتنع الفسخ والا تبين نفوذ الطلاق كما لو طلق في الردة ولم يكن عن وطء من
قبل الزوج فانه بالعود الى الاسلام يتبين وقوع الطلاق وبدونه يتبين عدمه والثاني وقوعه جزمًا لوجود
المقتضي وهو صدور الصيغة من زوج كامل في محل الطلاق وانتفاء المانع اذ ليس الا ثبوت الخيار وهو
غير صالح للمانعية فان المقصود بالفسخ حاصل به فلم يكن بينهما منافاة والفرق بين العتق والردة ان الانفساخ
في الردة يستند اليها فيتبين الى امر سابق على الطلاق وهذا اقرب واعلم ان المراد بالطلاق في الكتاب هو البائن
دون الرجعي اذ لا يطرد الوجهان في الرجعي لان تنفيذ الطلاق فيه لا يقتضي ابطال الخيار وقد تقدم ان
المعتقة لو طلقت تخيرت واجتزأت باكمال العدة ولعل المص انما اطلق ههنا اعتمادًا على ما سبق في كلامه
واشار الى الاحتمال الثاني بقوله ووقوعه واراد بقوله احتمل ايقافه كونه مراعى اي موقوفًا عندنا الا موقوفًا
في نفسه ولا يفتقر فسخ الامة الى ثبوت هذا الفسخ بالنص والاجماع وليس فيه مدة يتوقف ضربها على الحاكم
فلا يتوقف ايقاعه على راجعة الحاكم والمرافعة اليه بحال ولو اعتق الزوج وتحته امة فلا خيار له ولا لمولاه
ولا لزوجته حرة كانت او امة ولا لمولاها ما تقدم من ثبوت الخيار بالعتق انما هو فيما اذا اعتقت الامة المزوجة
اما العبد اذا اعتق فانه لا خيار له عندنا لان الاصل في ثبوت هذا الخيار هو الخبر وليست هذه الصورة من
الصورة المنصوصة في شيء على ان التخلص بالطلاق ثابت له دونها فلا معنى لثبوته وفي وجه للشافعية ان
له الخيار كما في الطرف الاخر على حد خيار العيب ولا فرق في ذلك بين ان يكون تحته امة او حرة كما لا يثبت الخيار
له لا يثبت لمولاه لانتفاء المقتضي وكذا لا خيار لزوجته حرة كانت او امة بطريق اولى لزوال نقصه وكذا لا
خيار لمولى زوجته الامة ولو زوج عبده امته ثم اعتقت او اعتقا جميعًا اختارت كما يثبت الخيار للامة
اذا اعتقت وهي تحت غير من هو عبد لمولاها كذا يثبت اذا اعتقت تحت عبده للاشتراك في المعنى ولعموم الاخبار
الدالة على ثبوت الخيار وكذا لو اعتقا معًا ولو كانا لاثنين فاعتقا دفعة او سبق عتقها او مطلقًا على
راي اختارت اذا كان العبد والامة المزوجان لاثنين فاعتقا معًا دفعة تخيرت الامة لعموم الاخبار
الدالة على ثبوت الخيار هنا وعلى القول بانها اذا اعتقت تحت حر لا خيار لها فالخيار هنا منتف لان الفرض ان
عتقها وعتقه حصلا في زمان واحد فلم يصادف حريتها عبوديته اما لو سبق عتقها على عتقه فان لها الخيار
قطعًا بخلاف ما لو سبق عتقه على عتقها فانها لا تتخير اذا اعتقت الا على القول بانها تتخير اذا اعتقت تحت حر
وهذه الاحكام كلها ظاهرة بعد ما سبق بيانه لكن في عبارة المص مناقشات انه حكم ما اذا تقدم عتقها

قد سبق بيانه وكذا حكم ما اذا تقدم عتقه بل قد سبق ما يدل على حكمه بطريق اولى وهو ما اذا اعتقت فلم تختر حتى
عتق العبد فاعادة ذلك عرى عن الفائدة   ان الاشارة بقوله على راى الى الخلاف فى تخيرها تحت الحر فان اراد به
التعلق بقوله مطلقا اوهم ان ما قبله لا خلاف فيه لان تخصيص هذا بذكر الخلاف مع ادراج المسائل الثلاثة
قبله معه فى جملة واحدة وجعل الجواب عن الجميع واحدا يشعر بانتفاء الخلاف فيهما ولا يستقيم عوده الى الجميع لان
الثانية لا خلاف فيها ولا عوده الى الاولى والثالثة خاصة لان ذلك الغاء وكما يتجه حكم ها هنا على هذا الخلاف
فكذا حكم ما اذا زوج امته واعتقهما دفعة مع انه لم يتعرض لذلك فيما سبق فلا ريب ان نظم العبارة فى ذكر الخلاف
غير حسن   قوله دفعة وقع موقع الحال من الضمير فى اعتقا وقوله سبق عتقها معطوف على اعتقا وهو ظاهر
واما قوله مطلقا فينبغى ان يكون حالا من الضمير فى اعتقا المحذوف او مفعولا مطلقا ليكون الجملة معطوفة
على ما قبلها هذا هو الظاهر لكن حاصله انما لو اعتقا عتقا مطلقا اختارت ولا يخفى ما فيه والمراد ظاهر فانه
يريد انه سواء سبق عتقها او لم يسبق تتخير الا ان العبارة ليست بتلك الفصيحة   ويجوز ان يجعل عتق
امته مهرا لها ويلزم العقد ان قدم النكاح فيقول تزوجتك واعتقتك وجعلت مهرك عتقك وفى اشتراط
قبولها او الاكتفاء بقوله تزوجتك وجعلت مهرك عتقك عن قوله اعتقتك اشكال ولو قدم العتق كان لها
الخيار وقيل لا خيار لانه تتمة الكلام وقيل يقدم العتق لان تزويج الامة باطل   من الاصول المقررة ان
تزويج الرجل امته باطل الا اذا جعل مهرها عتقها فانه يجوز عند علماء اهل البيت ع قاطبة قال فى المختلف
لا نعرف فيه مخالفا من علمائنا والاصل ان النبى ص اصطفى صفية بنت حيى بن اخطب من ولد هرون ع
فى فتح خيبر ثم اعتقها وتزوجها وجعل عتقها صداقها بعد ان حاضت حيضة وقال اكثر العامة ان
ذلك من خصائصه ص والنقل عن اهل البيت ع فى ذلك مستفيض او متواتر روى محمد بن مسلم عن الباقر ع
قال ايما رجل شاء ان يعتق جاريته ويتزوجها ويجعل صداقها عتقها فعل وعن عبيد بن زرارة عن الصادق ع
قال قلت له رجل قال لجاريته اعتقتك واجعل عتقك مهرك قال فقال جائز وعن الباقر ع ان عليا ع كان
يقول ان شاء الرجل اعتق ام ولده وجعل مهرها عتقها وغير ذلك من الاثار الكثيرة وقد اورد المحقق
بن سعيد فى الايجاب والقبول وهى مملوكة ثم المهر يجب ان يكون متحققا قبل العقد ومع تقديم التزويج لا يكون
متحققا ثم يلوح منه الدور فان العقد لا يتحقق الا بالمهر الذى هو العتق والعتق لا يتحقق الا بعد العقد والجواب
اذا كان العتق يحصل مع العقد لم يستبعد صحته وانما المنع لو كانت الرقية باقية ولا بعد فى العقد وهى مملوكة
اذا كانت الرقية غير مستقرة معه استقرار ملكه فانها تصير حرة معه واما وجوب تحقق المهر قبل العقد فممنوع
ولم لا يجوز ان يكتفى بمقارنته العقد وهو هنا كذلك فان المهر العتق وهى يقارن العقد سواء تقدم التزويج

او تأخر

او تأخر والدور غير لازم لان المنع توقف العقد على المهر ثم يستلزمه ولا ينفك منه والعقد على الامة جائز في نفسه وهي صالحة لان تكون مهرا لغيرها فلم لا يجوز جعلها او جعل فك ملكها مهرا لها ولو سلمنا منافاة هذه المسئلة للاصول فقد ورد النقل المستفيض عن اهل البيت عم على وجه لا يمكن رده فوجب المصير اليها وبصيرا صلا بنفسها كما صار ضرب الدية على العاقلة اصلا ثم هنا مباحث لانه اما ان يشترط قبولها او لا واما ان يكتفي بقوله تزوجتك وجعلت مهرك عتقك عن قوله اعتقتك او لا واما ان لا يعتبر تقديم النكاح او لا ذكر المص في اشتراط القبول اشكال منشاؤه من انه عقد نكاح فاشترط فيه القبول كساير العقود اللازمة ولان العقد في عرف اهل الشرع هو المركب من الايجاب والقبول لا يقال هي في حال ايقاع العقد رقيقة فكيف يعتبر قبولها لانا نقول هي في حكم الحرة حيث انها مع تمامه تصير حرة فرقيتها غير مستقرة ولولا ذلك امتنع تزويجها من راس بل قد يقال ان الواقع من المولى هو القبول لان ايجاب النكاح انما يكون من طرف الزوجة فيعتبر وقوع لفظ من طرفها يكون به تمام العقد ومن ان المستند في شرعية هذا العقد هو النقل المستفيض وليس في شيء منه ما يدل على اعتبار القبول والاصل في الباب ما فعله النبي صلعم بصفية ولم ينقل قبولها ولو وقع لنقل اذ هو من الاحكام التي يضطر اليها من خصايصه لتوقف الحكم بذلك على البيان لثبوت التاسي في كل ما لم يثبت انه من خصايصه كما بين في الاصول ولان حل الوطي مملوك له فهو بمنزلة المتزوج فاذا اعتقها وتزوجها وجعل العتق مهرها كان في معنى استثناء بقاء الحل من مقتضيات العتق لان مقتضاه بدون ذلك التحريم والمتجه الاكتفاء بالصيغة المنقولة من غير توقف على امر آخر وقد اسلفنا وجوب المصير الى ما دل عليه النقل من غير ملاحظة لمنافاة الاصول المقررة وبناء ان ذلك اصل براسه ثبت بالدليل فيقتصر وهو خيرة المص في المختلف على ان القبول لو اعتبر لم يتم به العقد لخلوه عن الايجاب ثم الاحوط اعتباره خروجا من خلاف الاحتمال فيعتبر وقوعه على الفور بالعربية على نهج ساير العقود اللازمة هل يكفي قوله تزوجتك وجعلت مهرك عتقك عن قوله اعتقتك ذكر المص فيه اشكالا ايضا ومنشاؤه من ان المفهوم من الاخبار وكلام الاصحاب ذلك بل قد صرح به جماعة منهم ويؤيده انه لو امهر امراة ثوبا فقال لها تزوجتك وجعلت مهرك هذا الثوب فانها تملكه بتمام العقد من غير احتياج الى صيغة تمليك فكذا اذا جعل العتق مهرا فانها تملك نفسها ولا حاجة الى صيغة اخرى للعتق على ان اسباب العتق غير منحصرة في صيغة كما في التمليك وقد نوقش قولهم بملك نفسها بان الملك اضافة لا بد فيها من تغاير المضافين بالذات وهي منافية فارغة فان المراد من ذلك المجاز من حيث حصول غاية الملك وهو مجاز شايع واقع في كلامهم عم ومثله كثير في كلام الفقهاء ومن ان العتق لا يقع الا بالصيغة الصريحة وهي التحرير والاعتاق على قول ولم يوجد احدهما ولان الاصل بقاء الملك الى ان يعلم المزيل والى هذا ذهب المص وابو الصلاح وقد

يجاب عن هذا بانا سلوك غير مرة وهو ان بناء هذا على مخالفة الاصول المقررة فلا يناقش في شيء من جهات مخالفته بعد ثبوته
بالنص الذي لا سبيل الى رده وقوة هذا ظاهرة والى هذا البحث اشار المص بقوله وفي اشتراط قبولها الى قوله
اشكال الا ان العبارة لا تخلو من مناقشة فان المتبادر منها ان طرفي الاشكال اشتراط القبول والاكتفاء بقوله
تزوجتك الخ وليس كذلك بل كل منهما مسألة مستقلة فيها اشكال والطرف المقابل محذوف تقديره وفي اشتراط
قبولها وعدمه وكذا في الاخرى اختلف الاصحاب في اشتراط التزويج على العتق وعكسه وجواز كل منهما
فالمشهور بين الاصحاب اشتراط تقديم التزويج اختاره الشيخ في النهاية وجماعة من الاصحاب لرواية محمد بن آدم
عن الرضا ع في الرجل يقول لجاريته اعتقتك وجعلت عتقك صداقك قال جاز العتق والامر اليها ان شاءت
زوجته نفسها وان شاءت لم تفعل فان زوجته نفسها فاحب له ان يعطيها شيئا وعن علي بن جعفر عن اخيه موسى
بن جعفر ع قال سألته عن رجل قال لامته اعتقتك وجعلت مهرك عتقك فقال عتقت وهي بالخيار ان شاءت
تزوجته وان شاءت فلا تزوجته فليعطها فان قال قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك فان النكاح واقع ولا
يعطيها شيئا وفي دلالتهما على مطلوب الشيخ نظر لان القول بالصحة على تقدير تقديم العتق انما هو مع التصريح بلفظ
التزويج وهو منتف في الروايتين فان قوله اعتقتك وجعلت مهرك عتقك ليس فيه صيغة تزويج والمتنازع
فيه ما اتى بلفظ العتق والتزويج معا لكنه قدم العتق واحدهما عن الآخر وقال جماعة انه لو قدم العتق على
التزويج يقع لازما لان هذا كلام واحد والكلام انما يتم باخره فلا يقع العتق بدون التزويج كما لو قال اعتقتك
وعليك خدمة سنة فانه يقع العتق ويلزمها الخدمة ولما رواه عبيد بن زرارة عن الصادق ع قال قلت له
رجل قال لجاريته اعتقتك وجعلت عتقك مهرك قال فقال جائز لا يقال لا دلالة في الرواية على المطلوب لان الجواز ب
فيها الجواز والمتنازع فيه اللزوم ولانها خالية عن ذكر التزويج كما دلت عليه فلا قائل به لانا نقول المتعارف
في مثل هذا الجواز ارادة الصحة لان السؤال انما هو عن حكم هذا العقد من حيث صحته وفساده فاذا اجيب
بالجواز كان معناه الصحة لا محالة وهذا شايع شهير ولا ريب انه يلزم من صحته ان يكون جائزا غير ممنوع
منه ويمتنع ان يراد بالجواز التزلزل لان النكاح على هذا التقدير غير متزلزل وانما هو غير واقع اصلا واما
خلوها عن لفظ التزويج فغير قادح لان اعتبار لفظه امر لا خفاء فيه فلعل السائل اعتمد على ظهوره واقتصر
في السؤال على موضع الحاجة ورواية محمد بن مسلم السالفة تضمنت لفظ العتق والتزويج معا فيكون شاهدا
على ذلك والى هذا القول اشار المص بقوله وقيل لا خيار لها الخ وذهب المفيد والشيخ في الخلاف لان نكاح
الامة باطل ويضعف بان الكلام انما يتم باخره ولولا ذلك لم يصح جعل العتق مهرا لانه لو حكم بوقوعه باول الصيغة
امتنع اعتباره في التزويج المتأخر به بعده فلا بد من الاعتراف بعدم الفرق بين تقديم العتق والتزويج والى

هذا ذهب بعض المتأخرين من الاصحاب فيتحصل في المسألة ثلثة اقوال اصحها الاخير ثم علل عبارة الكتاب
واعلم ان قوله ولو قدم العتق كان لها الخيار من تتمة قوله ويلزم العقد ان قدم النكاح وما بينهما اعتراض فان
قيل الذي يراد بان لها الاعتراض في هذه الحالة مع انه على القول بان القبول شرط متى لم تقبل يثبت لها الخيار
قلنا المراد به ان العتق اذا قدم نفذ براسه فبقي النكاح موكولا الى رضاها وان لم نقل باشتراط القبول وعلى
هذا لو قدم التزويج وقع لازما بنفسه بناء على ان القبول غير شرط والحاصل انه على المختار مجموع العتق والتزويج بح
صيغة واحدة لا يترتب شيء من مقتضاها الا على مجموعها وعلى اعتبار تقدم التزويج فالعتق والنكاح كل منهما
صيغة براسها منضمة الى الاخرى فاذا قدم التزويج امتنع نفوذه بدون العتق لان عقده على مملوكته ممتنع
وان قدم العتق بعد لانتفاء المانع فتصير حرة وتتخير في النكاح وقوله وقيل لا خيار الظاهر ان القول الذي
حكاه المص والمحقق بن سعيد عن بعض الاصحاب وهو التخيير في تقدم اي الامرين كان من العتق والتزويج
وهو القول الثالث فيما حكيناه وقد جعل الشارح الفاضل ولد المص هذا قول ابي الصلاح وليس بجيد لان
لان قول ابي الصلاح اشتراط تقدم العتق وجعل القولين واحدا خلاف ظاهر العبارة لان عطف احدهما على الاخر
يقتضي تغايرهما وتباينهما وتعليله ايضا ينافي القول باشتراط تقدم العتق فان اعتبار كونه تتمة الكلام ينافي
اشتراط تقدم واحد لان الصيغة حينئذ تكون واحدة نعم في حكاية المص لهذا القول قصور حيث اقتصر على عدم الخيار
على تقدير تقدم العتق وكان الانسب ان يقول وقيل لا يشترط تقدم شيء منهما بعينه ليرتفع اللبس ولو
جعل ذلك في امة الغير فان اتفقنا عتق المرتهن مع الاجازة فالاقرب هنا الصحة والا فلا الذي ورد به النص
من اعتق الامة وتزويجها وجعل عتقها مهرها انما هو في المملوكة للمعتق اما مملوكة الغير فان اعتاقها وتزويجها
كذلك لا نص فيه بالصحة ولا بالفساد والبحث عن ذلك ينحصر في امرين العتق ولا ريب انه لا يقع نافذا بنفسه
لانها مملوكة الغير ولا منزلة فان العتق لا يتبناه على التغليب لا يقتضي فيه ذلك فلم يبق الا الحكم ببطلانه جزما او
التوقف في الحكم بصحته وبطلانه على وقوع الاجازة من المالك وعدمه فان اجاز تبين نفوذه من حين وقوعه
والا تبين عدمه وقد بنى المص الوجهين هنا على القولين في عتق المرتهن المملوك المرهون مع اجازة المولى لان
العتق في كل من الموضعين واقع على مملوك الغير وعلى القول بالبطلان في عتق المرتهن فلا شك في البطلان هنا
وعلى القول بالصحة فيه ففي صحة العتق هنا وجهان الاقرب منهما عند المص الصحة ووجه القرب ان العتق من القرب
التي اشتدت عناية الشارع بها وهو مبني على التغليب ولا مانع منه الا حق الغير وهذا المانع زائل بالاجازة
العدم وان قلنا بالصحة هناك والفرق من وجهين ان علاقة الرهن في معنى علاقة الملك لانا نثبت للمرتهن
سلطانا على المرهون فيمكن ان يكون ذلك مصححا للعتق مع الاجازة وهي منتفية هنا والاخر انه قد جعل عتق

مملوكة الغير مهراً لنكاحها وفي صحة جعله مال الغير او فكه مهراً للنكاح بالاجازة من المالك منع ظاهر وهذا المنف
في عتق المرتهن فعلى هذا الاصح البطلان هنا وان قلنا بالصحة حكم النكاح ولم يتعرض المص اليه لظهور حكمه وجملة
الامر فيه انه اذا وقع مستكملاً للايجاب والقبول المعتبرين كان نكاحاً فضولياً يتوقف على اجازة المالك فيصح معها
ويبطل بالرد ولا يؤثر فيه بطلان العتق لان فساد المهر لا يقتضي فساد النكاح نعم متى حكمنا ببطلان العتق لان
فساد فلا بد لصحة النكاح من كون العاقد بحيث يسوغ له نكاح الامة واعلم ان في قول المص والاقرب هنا الصحة يريد
به ترجيح الصحة تفريعاً على القول بنفوذ عتق المرتهن مع الاجازة لا الترجيح للحكم في نفسه بحسب الواقع وهو ظاهر ه
وقوله والا فلا معطوف على الجملة الشرطية قبله وهي قوله فان انفذناه الخ ومعناه انا اذا لم ننفذ عتق المرتهن مع الا جازه
لا نصحح العتق هنا ثم تنبه لشيء وهو ان الشارح الفاضل بنى الحكم في المهر هنا وهو العتق على مقدمتين احدهما عتق
المرتهن والاخرى ان المجعول عتقها مهراً هل المهر هو العتق ابتداء او هو تمليكها رقبتها ويتبعه العتق كما لو تزوج
جارية غيره وجعل اباً سيدها المملوك مهراً لها فانه اذا اجاز السيد النكاح دخل ابوه في ملكه فانعتق عليه والذي
تقتضيه صحيح النظر وصادق التامل ان هذا ليس من مسألتنا في شيء لان العتق في هذا الفرض واقع بلفظ صريح
وعبارة خاصة وليس من الامور الحاصلة بالتبعية في شيء ومع ذلك فصريح اللفظ ان المهر حقيقة هو العتق والتعبير
بتمليك الرقبة من الامور المجازية كما حققناه وقد ابطل الشارح في كلامه قبل هذا فكيف يجعله هنا مقدمة
للحكم في هذه المسألة ولا يقال انه مبني عليه على زعمهم وان كان غير صحيح في نفسه لانا نقول قد بينا انهم لا يريدون
بذلك الا المجاز فلا يعتد بهذا البناء والاقرب جواز جعل عتق بعض مملوكته مهراً او يسري العتق خاصة
المنصوص هو ما اذا تزوج مملوكته واعتقها وجعل عتق جميعها صداقاً والمفروض هنا ما اذا تزوجها واعتق
نصفها وجعل عتق النصف صداقها وفي صحة النكاح والعتق كذلك وجهان اقربهما عند المص الصحة اما العتق
في نفسه فلانه يصح ايقاعه على البعض وعلى الكل من غير تفاوت ولا يتخيل مانع الا ضمه الى النكاح ومانعيته ذلك
منتفية مع الاصل واما جعل عتق البعض مهراً فانه لا فرق بينه وبين جعل عتق الجميع مهراً اذ لا فرق بين جعل
جميع الجارية مهراً وبين جعل بعضها اما على الانفراد او مع ضميمة شيء آخر فكما انه لا فرق بين الكل والبعض في الثاني
فكذا لا فرق في الاول واما التزويج فان صحته دائرة مع صحة العقد فمتى حكم بصحة عتق البعض سرى الى الجميع فيصح
النكاح والثاني العدم لان الحكم في هذا الباب بالنسبة الى العتق والنكاح ثبت على خلاف الاصل مع قيام المانع لولا
النص المستفيض فيجب الاقتصار فيه على الصورة المنصوصة اقتصاراً في المخالفة على مورد النص وهذا قوي
وقول المص ويسري العتق خاصة يريد به ثبوت السراية لا محالة لانه قد باشر عتق بعضها والسراية ثابتة في كل
موضع تحققت مباشرة عتق شيء من المملوك لعموم قوله عم من اعتق شقصاً من عبد سري عليه العتق ولولا الحكم

بالسراية

بالسراية لم يصح النكاح لان ملكه للبعض يمنع صحة النكاح واشار بقوله خاصة الى ان السراية انما هي للعتق
دون المهر فيصير جميعها حرا والمهر هو النصف خاصة وفائدة ذلك تظهر فيما اذا طلقها قبل الدخول فان ربعها
يرجع رقا في قول وفي قول آخر يسعى في قيمة الربع واعلم ان الشارح الفاضل ذكر هنا انه على قول من يقول ان المهر
هو تمليك الجارية رقبتها تملك نصف رقبتها وينعتق عليها ولا سراية هنا بل يسعى في قيمة نصفها وما ذكره غير موجه
اما اولا فلان جعل المهر هنا تمليك الجارية رقبتها امر لا حقيقة له وقد بينا ما فيه واما ثانيا فلانه على التقدير يجب
ان لا يصح النكاح لان تزويج السيد بامته غير جائز قطعا وعلى هذا التقدير يبقى نصفها رقا حقيقة وعتقه موقوف
على السعي وانما يكون ذلك مع نفوذ العتق في النصف وانما ينفذ مع صحة التزويج وعلى هذا فيلزم صحة نكاح السيد
لامته وهو معلوم البطلان وانما صححناه في صورة كون عتق الجميع مهرا لان التزويج والعتق يقعان معا كما تقدم
ولو كان بعضها حرا فجعل عتق نصيبه مهرا صح فيشترط هنا القبول قطعا اي لو كان بعض المملوكة حرا فاعتق
السيد نصيبه منها وتزوجها وجعل عتق النصيب مهرا صح وذلك لانه اذا صح العتق والتزويج في الامة المحضة مع انه
على خلاف الاصل ولا ريب ان المانع في المبعضة اضعف منه في المحضة بحيث دلت النصوص على الثبوت مع المانع
الاقوى فمع الاضعف اولى لكن هنا يشترط القبول قطعا نظرا الى ان البعض الحر لا سلطنة للمولى عليه فثبوت
النكاح بالنسبة اليه يتوقف على رضاها لكن ينبغي ان يكون المعتبر وقوعه منها هو الايجاب ليتحقق العقد بكماله
ولعل المصنف عبر عنه بالقبول مجازا وحاول بتقديم قوله هنا على القبول التنبيه على اشتراط القبول في هذه المسألة
مقطوع به بخلاف ما تقدم واعلم ان دعوى الاولوية في الفرض المذكور محل نظر فان لقائل ان يقول لم لا يجوز ان يكون
التزويج بالامة على هذا الوجه ملحوظا فيه انه في معنى استثناء حل الوطي من مقتضيات عتقها وما جرى هذا المجرى
وذلك منتف في الفرض المذكور وقد كان قبل هذا العقد حراما فيتوقف الى ان يثبت السبب المقتضي للحل شرعا
ولو كانت مشتركة مع الغير فتزوجها وجعل عتق نصيبه مهرا فالاقرب الصحة ويسري العتق ولا اعتبار برضى
الشريك لو كانت الامة مشتركة بين اثنين فصاعدا فتزوجها احدهما واعتق نصيبه وجعل عتق نصيبه مهرا
ففي صحة ذلك وجهان اقربهما عند المصنف الصحة وجه القرب وجود المقتضي وانتفاء المانع اما المقتضي بالنسبة
الى العتق فظاهر فان مباشرة عتق نصيبه يقتضي وقوع العتق عليه قطعا وسري العتق الى باقيها لمقتضى
النصوص المنقولة في هذا الباب فيحصل عتق جميعها في زمان واحد لكن انما يتم هذا اذا قلنا بعدم توقف السراية
على الاداء سواء قلنا بان العتق يحكم به بدون الاداء او قلنا بانه كاشف اما اذا قلنا بانه يتوقف عليه تاثيره لا
يستقيم الحكم بصحة النكاح لتحقق وقوع العقد على مملوكة الغير فيكون فضوليا فلا يقع العقد لانه انما يقع
مع وقوع النكاح صحيحا لانه مهر فيبطل السراية فليتامل ذلك ولينظر قول الشارح الفاضل بالصحة على القول

عتق ففي الثاني نقيضها اولى لان الملك مانع من التزويج والمانع في الامة المحضة

بلعتبار الاداء اذا ادى واما المقتضي بالنسبة الى التزويج فهو العقد الصادر من اهله في محله اما الاول فلان المفروض
ان المولى اهل الانشاء عقد النكاح واما الثاني فلان ايقاع العقد على التي قد وجد سبب حريتها وصارت بحكم الحرة
حيث ان تزويجها وحريتها ثبتتان دفعة واحدة صحيح على ما سبق بيانه في اول المباحث فيكون محلا للعقد لا
محالة واما انتفاء المانع فلانه ليس الا شركة الغير وهي غير صالحة للمانعية لانها زائلة بالسراية وبهذا البيان ظهر
انه لا يعتبر رضى الشريك حيث ان شركته زائلة اما رضاها فان اعتباره داير مع اعتبار رضى المملوكة غير
المشتركة فان اعتبرناه ثم اعتبر هنا والا فلا لان هذه في معنى المملوكة اذ السراية قد رفع انتقال حصة الشريك الى المعتق
وما قيل منه انه على تقدير عدم اعتبار رضاها يلزم الدور لان صحة النكاح تكون سبب العتق مسببة ضعيفة
لان الصيغة سببا فيهما معا ويقعان دفعة والثاني من الوجهين عدم الصحة لانه خروج عن صورة النص وفيه
بعض المقدمات السابقة نظر فان كون المشتركة محلا للعقد في محل المنع وكيف يعتقد بالعقد على امة الغير مع
توقف المزيل للملك بتمام العقد والمتجه عدم الصحة ويناسب ان يكون قول المص وسرى العتق بعد قوله فالاقرب الصحة
اشارة الى المصحح لان الحكم بالصحة انما يكون بعد تحقق السريان فلا معنى للتعرض لبيانه بالاستقلال بعد الحكم با لصحة
وكذا لا اعتبار برضاه لو جعل الجميع مهرا او جعل نصيب الشريك خاصة اي وكما انه لا اعتبار برضى
الشريك في الصورة السابقة وهي ما اذا اعتق حصته وجعل عتقها مهرا للنكاح فكذا لا اعتبار برضاه لو اعتق
حصته وتزوج الامة وجعل عتق الجميع مهرا او جعل عتق حصة الشريك خاصة مهرا وذلك لان المجعول مهرا انما
يصير كذلك اذا كمل العقد وفي ذلك الوقت يتحقق انتقال حصة الشريك الى المعتق فلا يكون لاعتبار رضاه وجه
اصلا ولو اعتق جميع جاريته وجعل عتق بعضها مهرا او بالعكس صح الجميع ها هنا صورتان مغايرتان لمورد
النص احدهما ان يعتق جميع مملوكته ويجعل عتق بعضها كنصفها مهرا لنكاحها بحيث يأتي بالصيغة
المعتبرة في ذلك بكمالها والثانية ان يعتقها ويتزوجها ويجعل عتق جميعها بعض المهر بان يضم اليه شيئا آخر
كثوب وشبهه وهذه التي اشار بقوله او بالعكس وقد حكم بالصحة فيهما معا اما الاولى فلانه كما يجوز ان يكون جميع
الامة وبعضها مهرا لغيرها فكذا يجوز ان يكون عتق جميعها وبعضها مهرا لها من غير تفاوت واما الثانية فلانه
كما يجوز جعلها مهرا يجوز جعلها بعض المهر لان المهر يقبل الكثرة والقلة ويحتمل عدم الصحة لان الحكم في هذا الباب
ثبت على خلاف الاصل فيقتصر فيه على مورد النص فائدة اذا قلنا بالبطلان في هذه الصور فما حال العتق
الذي يقتضيه النظر بطلانه لانه لم يعتقها مجانا قطعا بل على انها زوجة وان العتق مهرها وقد فات ذلك
فيمتنع نفوذه وحده ولانه خلاف مقصوده ولان في ذلك ضررا ظاهرا وليس الاستيلاد عتقا وان منع من
بيعها لكن لو مات مولاها عتقت من نصيب ولدها فان عجز النصيب سعت في الباقي وقيل يلزم الولد السعي

لاريب ان استيلاد الامة المملوكة ليس عتقا لها وان منع من بيعها فانه لا يجوز بيع ام الولد ما دام الولد حيا
اتفاقا الا في مواضع مستثناة في كلام الفقهاء لكن لو مات مولاها عتقت من نصيب ولدها وذلك لانها يدخل
بعضها في ملكه بالارث حيث يكون معه وارث آخر فيقوم عليه من نصيبه ويعتق وسيأتي بيان ذلك كله في موضعه
ان شاء الله تع هذا اذا وفى النصيب بقيمتها فان عجز النصيب فللاصحاب قولان احدهما واليه ذهب الاكثر كالمفيد
وابن ادريس والمص انها تسعى في الباقي من قيمتها لمن عدا الولد ولا يجب على الولد السعي لانتفاء المقتضي
والثاني واختاره ابن حمزة انه يجب عليه السعي وقريب منه قول الشيخ في المبسوط فانه اوجب على الولد فكها من ماله
وقال في النهاية يوجب السعي على الولد اذا كان ثمنها دينا على مولاها ولم يخلف غيرها وسيأتي ان شاء الله تع
تحقيق المسألة ودلائلها وبيان ان الاصح من القولين هو الاول فان قيل ليست هذه المسألة من هذا الباب في
شيء فاي وجه لذكرها ثم اي وجه لذكرها في ذيل عتق الامة وتزويجها وجعل عتقها مهرها قلنا انه انما ذكرها
هنا لينبي عليها ما سيأتي من قوله ولو كان ثمنها دينا الخ فان هذه من مسائل الباب وهي من مسائل الاستيلاد
فناسب ان يذكر حكم الاستيلاد او لا ليكون مقدمة لذلك فان مات ولدها وابوه حي عادت الى محض الرق وجاز
بيعها لتطابق النص والاجماع منا على ان ام الولد اذا مات ولدها وابوه حي عادت الى محض الرق والمراد بقيد نا
بكون ابيه حيا لان موته بعد موت ابيه لا يؤثر شيئا لانها تعتق على الولد اذا مات ابوه كما علم واراد بقوله عادت
الى محض الرق انقطاع العلاقة التي تشبثت بها على ان تكون وسيلة الى العتق اعني الاستيلاد فانها وان كانت
مع هذه العلاقة رقيقة محضة الا انها التبست بسبب الحرية كانها حرة او ان رقيتها صارت ضعيفة وح فيجوز
بيعها ويجوز ايضا بيعها في ثمن رقبتها اذا لم يكن لمولاها سواها وقيل لو قصرت التركة عن الديون بيعت
فيها بعد موت مولاها وان لم يكن ثمنا لها اجمع الاصحاب على ان ام الولد تباع في ثمن رقبتها اذا كان دينا
على مولاها ولم يكن له سواها والاخبار في ذلك كثيرة روى عمر بن يزيد عن ابي الحسن ع قال سألته عن ام الولد
تباع في الدين قال نعم في ثمن رقبتها وعن ابي ابراهيم ع وقد سأل لم باع امير المؤمنين ع امهات الاولاد قال
في فكاك رقابهن قيل وكيف ذلك قال ايما رجل اشترى جارية فاولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدى
عنه اخذ ولدها منها وبيعت فادي عنها قلت فيبعن فيما سوى ذلك من دين قال لا والقول المحكي في العبارة
قول ابن حمزة وهو ضعيف وفي الرواية المتقدمة تصريح بخلافه ولو كان ثمنها دينا فاعتقها وجعل عتقها
مهرها وتزوجها واولدها وافلس به ومات صح العتق ولا سبيل عليها ولا على ولدها على رأي ويحمل الرواية
بعود الرق على وقوعه في المرض واختاره المص وهو اختيار ابن ادريس والمحقق ابن سعيد وجمع من المتأ خرين
وهو الاصح لان العتق والتزويج صدر من اهلهما في محلهما فوجب الحكم بصحتهما وعدم الالتفات الى ما يدل على

خلاف ذلك فان ذلك من الامور القطعية التي تشهد له الاصول الفقهية وكذا القول بحرية ولدها وكونه نسيباً
وذهب الشيخ في النهاية الى بطلان العتق وعودها رقا لمولاها الاول وان ولدها رق وهي اختيار ابن الجنيد وابن
البراج والمستند هشام بن سالم عن ابي بصير قال سئل ابو عبد الله عليه السلام وانا حاضر عن رجل باع من رجل جارية
بكرا الى سنة فلما قبضها المشتري اعتقها من الغد وتزوجها وجعل مهرها عتقها ثم مات بعد ذلك بشهر فقال
ابو عبد الله عليه السلام ان كان الذي اشتراها الى سنة له مال او عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها فان
عتقه ونكاحه جائز وان لم يملك ما لا يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها فان عتقه ونكاحه باطل لانه
اعتق ما لا يملك وارى انها رق لمولاها الاول قيل له فان كانت قد علقت من الذي اعتقها وتزوجها ما حال ما
في بطنها فقال الذي في بطنها مع امه كهيئتها وهذه الرواية وان كانت صحيحة الاسناد الا انها مخالفة لاصول
المذهب مشتملة على ما ينافي جملة من الامور المقطوع بها فحقها ان يعدل بها عن ظاهرها ويجمع بينها وبين
الاصول المنافية لها وقد حملها المصنف هنا على وقوع العتق والنكاح في مرض الموت فان الاصح عدم صحته اذا لم يكن
هناك تركة يفي ثلثها وترجع رقا ويتبين بطلان النكاح وانما قلنا انه حملها على ذلك لان الضمير في وقوعه
ليس له مرجع الا المذكور وهو العتق والتزويج ولفظ عود الرق في كلامه تشعر باختصاصه بالام لانه لم يسبق
للولد حالة رق ليعود اليها وهذا الحمل وان لم يكن بعيدا من لفظ الرواية الا ان الشارح الفاضل السيد قد
اعترضه بان الرواية اقتضت عود ولدها رقا كهيئتها وهو مناف لمذهب المصنف لان بطلان العقد والنكاح لا
يقتضي عود الولد رقا غاية ما في الباب انها تباع في الدين قلت وعلى هذا ففي الحمل قصور اخر وهو ان الرواية
دلت على عودها رقا للبائع ومقتضى الحمل جواز بيعها في دينه لا عودها في ملكه وقد اعتذر الشارح الفاضل
للمصنف في الولد بان الرواية لا تدل على رقه لان قوله عليه السلام مع امه كهيئتها لا تدل على الرق بشيء من الدلالات
لانه صادق حال حريتها ايضا في الظاهر والحال المستلزم لانصرافها رقا ورده شيخنا الشهيد في شرح الارشاد
بان كلامه على النص فان المفهوم من قوله كهيئتها ليس الا ان حكمه حكمها في حال السؤال وقد حكم قبل ذلك بانها
رق فيكون الولد رقا فهو دال على رقية الولد بالمطابقة لانه موضوعه ويجري مثل هذا التاويل يمنع التمسك
بجميع النصوص والحق ان ما ذكره الشارح بعيد عن ظاهر الرواية وزاد شيخنا ان المصنف اطلق الشراء ولم
يقيده بكونه نسيئة وينبغي تقييده ليطابق الرواية وفي المختلف حمل الرواية على وقوع الشراء والعتق والتزويج
في المرض واعترضه شيخنا بان وقوع الشراء في المرض لا مدخل له في الحكم بل المدخل للعتق فيكون ذكره مستدركا
ولقائل ان يقول ان عودها الى البائع في الصورة المذكورة لا بد له من مقتض فاذا نزلت على كون الشراء في المرض المص
وانه بارك من ثمن المثل بطل في البعض فاذا فسخ البائع لتبعض الصفقة عادت الى ملكه وحملها بعضهم

على فساد البيع وعلم المشتري به فانه يكون زانيا وردبان في الرواية انه اذا اختلف ما يقوم بقضاء ما عليه يكون العتق
والنكاح صحيحين واعلم ان قول المص في العبارة وافلس به المراد ان لا يوجد في ماله وفاء من عزان يفلس والعقد ه
في الرواية المراد بها العقار وبخوه قال في القاموس العقدة بالضم الضيعة والعقار الذي اعتقله صاحبه ملكا
اذا بيع احد الزوجين تخير المشتري على الفور في امضاء العقد وفسخه سواء دخل اولا وسواء كان الاخر
حرا اولا وسواء كان المالك اوكل واحد لمالك وتخير لمالك الاخر اذا كان مملوكا لو اختار المشتري الامضاء فيه
وفي الفسخ على الفور ايضا سواء كان هو البائع او غيره وقيل ليس لمشتري العبد فسخ نكاح الحرة اي اذا بيع
احد الزوجين المملوك سواء كانا مملوكين او احدهما خاصة وسواء بيع الاخر ام لا تخير على الفور في امضاء
العقد وفسخه سواء حصل البيع قبل الدخول او بعده وسواء كانا لمالك او كان كل واحد لمالك او كانا مشتركين
او احدهما وكما يتخير المشتري على الفور كذا يتخير مالك الاخر اذا كان مملوكا تخيرا على الفور لو اختار المشتري
امضاء النكاح او لم يختر شيئا بنفي خياره او سقط سواء كان المالك الاخر هو البائع بان كانا مملوكين له او مالكا
اخر سواء اجلد شراؤه او كان مالكا وقت النكاح فههنا احكام اطبق الاصحاب على ان بيع الامة المزوجة كا لطلاق
على معنى انه سبب في التسلط على فسخ النكاح وامضائه للمشتري سواء كان الزوج حرا ام لا وكذا لمالك العبد سبب
في التسلط على ان بيع العبد المزوج كالطلاق على معنى ثبوت الخيار للمشتري ولمالك الامة كما قررناه الا اذا كانت
الزوجة حرة فان في ثبوت الخيار هنا قولين والاصل في ذلك ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما ع قال طلاق
الامة بيعها او بيع زوجها والمراد انه كالطلاق في انه يترتب عليه البينونة بالفسخ من حيث انه مثبت للخيار
على حد قوله بنونا بنو ابنائنا فلا يرد ما قيل انه يلزم على الحديث انحصار الطلاق في بيع احدهما من حيث ان
المبتدا يجب انحصاره في الخبر وعن ذلك من الاخبار ولان بقاء النكاح مظنة تضرر المالكين وليس لهما طريق لق
الى التخلص من الضرر الا التسلط على فسخ النكاح واطلاق النص شامل لما اذا كان البيع قبل الدخول وبعده
ولما اذا كان الزوجان مملوكين او احدهما ولما اذا كانا لمالك واحد او اكثر ولما اذا بيعا معا او على التعاقب
او احدهما خاصة ويقتضي الاطلاق يلزم ثبوت الخيار لكل من المالكين بالبيع من انه ع حكم بكونه طلاقا
واطلق   هذا الخيار على الفور اقتصارا في المخالف للاصل على ما به تندفع الضرورة فلو اخر العذر سقط
الخيار ولو جهل اصل الخيار لم يقدح لانه معذور بالتاخير ولان الحكم بالخيار مما يخفى على اكثر الناس فلو كان
التاخير للجهل مسقطا انتفت فائدته غالبا اما الجهل بالفورية فالظاهر انه ليس عذرا فيسقط بالتاخير لانه
وجد الى الفسخ سبيلا فلم يفعل وذلك ينافي الفور وما ذكرناه في خيار الامة اتى هنا   المخالف في ثبوت الخيار
اذا بيع العبد وكان تحته حرة هو ابن ادريس محتجا بان الخيار على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع اليقين

والشيخ واكثر الاصحاب على الثبوت لان تجدد ملك المشتري اما ان يقتضي ثبوت الخيار له او لا وايا ما كان لم يفرق بين
مشتري العبد والامة لاشتراكهما في المقتضي على تقدير الاقتضاء وعدمه على تقدير العدم ولان الضرر المتوقع
في تجدد الملك مع كون الزوجة امة ثابت اذا كانت حرة ولما رواه محمد بن علي عن ابي الحسن عم قال اذا تزوج المملوك
حرة فللمولى ان يفرق بينهما وان زوجه المولى حرة فله ان يفرق وليس بعد البيع اجماعا فيحمل على ان يفعل ما
يؤدي الى التفريق بان يبيع فيثبت الخيار المفضي الى التفريق مجازا قال ابن ادريس هذه رواية شاذة اوردها
شيخنا في نهايته ايرادا لا اعتقادا والقياس على بيع الامة باطل وقد رجع شيخنا في مبسوطه فقال وان كان
للعبد زوجة فباعه مولاه فالنكاح باق بالاجماع وشنع عليه المص في المختلف بحمل ذلك على القياس لانه لو فقد
النصوص في هذا الباب لامكن استفادة مساواة العبد للامة في ذلك من ان الشارع لم يفرق بينهما في مثل هذه الاحكام
كما لم يفرق في التقويم وغيره قال وقول الشيخ في المبسوط ليس رجوعا عما قاله في النهاية لان بقاء النكاح لا ينافي الخيار
للمشتري اقول المفتى به هو ما عليه الاصحاب   خيار المالك الآخر ثابت بالبيع كما يثبت الخيار للمشتري ولا
ينفذ باختيار المشتري الامضاء وان كان ظاهر عبارة الكتاب قد توهم ذلك فايهما اختار الفسخ انفسخ النكاح
سواء اختار الآخر الامضاء ام لم يختر شيئا منع ابن ادريس ثبوت الخيار له محتجا بان الاصل العدم فيحتاج
مثبته الى الدليل ويمكن الاحتجاج بظاهر الحديث السابق المتضمن كون بيع الامة طلاقها فانه كما يصلح للدلالة
في جانب المشتري الاول والاحوال تختلف باختلاف الملاك وربما ترتب عليه ضرر لو بقي النكاح فيكون ثبوت الخيار
وسيلة الى التخلص منه والى هذا القول ذهب الشيخ وجماعة منهم المص ولم يصرح المفيد وابن حمزة في ذلك بشيء
لا يحتاج هذا الفسخ الى حضور الحاكم اذ لا مقتضي له من ضرب مدة ونحو ذلك   ولو تعدد الملاك فاختار
بعضهم الفسخ قدم اختياره على اختيار الراضي   اي على اختيار الراضي بالنكاح وذلك لان اختيار الراضي
بالنكاح يقتضي تقريره ولزومه من جانبه فيبقى تزلزله من جانب غيره فاذا اختار الفسخ انفسخ ومثله
ما اذا اشترك الخيار بين البائع والمشتري فاختار احدهما الامضاء والآخر الفسخ   ولو باعهما المالك
الواحد على اثنين تخير كل منهما ولو اشتراهما واحد تخير وجهه قيام المقتضي في كل منهما فان الحديث السابق
دل على ان بيع كل من الامة والعبد بمنزلة الطلاق ولا اثر في ذلك لتعدد البائع واتحاده وكذا المشتري
ومهر الامة لسيدها فان باعها قبل الدخول وفسخ المشتري سقط وان اجاز فالمهر للمشتري ولو باع بعد
الدخول فالمهر للبائع سواء اجاز المشتري او لا لا يخفى ان المهر عوض فان في النكاح شائبة المعاوضة وحق
العوض ان يكون لمالك العوض وحيث كان بضع الامة مملوكا للسيد فالمهر له لا محالة فان باعها قبل الدخول
فقد قررنا ان للمشتري الخيار فان فسخ سقط المهر لان الفرقة قبل الدخول توجب سقوط المهر اذا كانت من

الزوجة

الزوجية وكذا اذا كانت من السيد فانه مالك البضع فالفرقة منه كالفرقة منها وان اجاز النكاح لزم وكان المهر له لان الاجازة زه
كالعقد المستانف فيطالب بجميع المهر ولو كان الزوج قد اقبضه الاول استرده منه ودفعه الى الثاني ذهب الى
ذلك ابن ادريس وجماعة منهم المص والمحقق ابن سعيد وغيرهما وقال الشيخ في النهاية اذا زوج الرجل جاريته من
غيره وسمى لها مهرا معينا وقدم الرجل من جملة المهر شيئا معينا ثم باع الرجل الجارية لم يكن له المطالبة بباقي المهر
ولا لمن يشتريها الا ان يرضى بالعقد وتبعه ابن البراج وقال في المبسوط ان المهر ان كان قد قبضه الاول فهو له
فان كان بعد الدخول فقد استقر وان كان قبله رد نصفه وان كان لم يقبضه فلا مهر لها لا للاول ولا للثاني فا ن
اختار المشتري امضاء العقد ولم يكن قد قبض الاول المهر كان للثاني بين هذين تدافع لانه يحلّ في ملكه فانه خل
بها بعد الشراء فقد استقر له الكل وان طلقها قبل الدخول كان عليه نصف المهر للثاني فان كان الاول قد قبض
المهر ورضي الثاني بالعقد لم يكن له شيء لانه لا يكون مهران في عقد واحد وان باعها قبل الدخول ورضي المشتري
بالعقد ودخل بها الزوج بعد البيع كان نصف المهر للسيد الاول ونصفه للثاني لان النصف الاخر استقر بالدخول
وكان ذلك في ملك الثاني فان كان الاول قد قبض بعض المهر ثم باعها لم يكن له المطالبة بباقي المهر وان لم يرض
لم يكن له ذلك هذا كلامه وفي بعض شقوق المسألة تدافع ومع ذلك فقد تضمن ان يقبض الاول او بعضه
ثابتا في استحقاقه وعدمه وهو موافق لمختار النهاية وحجته رواية سماعة بن مهران عن ابي بصير عن احدهما ع
في رجل تزوج مملوكة من رجل على اربعمائة درهم فعجل له مائتي درهم ثم اخر عنه مائتي درهم فدخل بها زوجها ثم ان
سيدها باعها بعد من رجل لمن تكون المائتان المؤخرة عنه فقال ان لم يكن اوفاها بقية المهر حتى باعها فلا شيء
عليه له ولا لغيره وقد نزلها المص في المختلف على ان المراد بالدخول الخلوة دون الايلاج وقوله ان لم يكن اوفاها بقية
المهر معناه ان لم يكن فعل الدخول ولا العزم اذا لم يجز العقد ولا ريب في بعد هذا التنزيل ولو اكتفى بحمل الدخول
على الخلوة لكان ذلك كافيا في عدم دلالتها فان قيل قوله ان لم يكن اوفاها الخ يقتضي ان يكون عدم الوفاء شرطا
لعدم استحقاقه واستحقاق غيره فيستحق مع عدم الشرط قلنا اذا لم يستحق شيئا مع عدم الوفاء فغير بطريق اولى
هذا قول الشيخ واما قول الاصحاب فيمكن ان يحتج له بان البضع ومنافعه تنتقل الى السيد الثاني وهو المشتري
فاذا كان البيع قبل الدخول وجب ان يسقط حق الاول من المهر لان البيع كالطلاق ولانه قد تعذر تسليمه
للبضع فانتفى العوض من قبله فوجب ان يسقط استحقاقه للعوض ولما اعتبرنا اجازة الثاني وجب ان تكون
كالعقد المستانف في استحقاق المهر ولا بعد في ذلك لان العوض الان حق له فليكن العوض كذلك فان قيل قد
وجب المهر قبل البيع فليكن للاول لانه وجب في ملكه والاجازة تقرره قلنا لم يجب مجانا بل في مقابل العوض
وهو منافع البضع وقد خرجت عنه بالبيع قبل التسليم وتعذر تسليمها فكيف يتصور بقاؤها للاول فان قيل

قد سبق في الامة المزوجة اذا اعتقت قبل الدخول فاجازت ان المهر للسيد ان اوجبناه بالعقد ومقتضاه هنا
ان يكون المهر للبائع قلنا يمكن الفرق بان البيع معاوضة تقتضي تمليك المنافع تبعا للعين فتصير منافع
البضع مملوكة للمشتري ولولاه لم يصح البيع لجهالة وقت الانتفاع كما لو اسكنه عمر احدهما ثم باع الدار فانه لا يصح
البيع على الاصح بخلاف العتق فانه لا يقتضي تمليكا وانما هو فك ملك ففي الامة المزوجة يكون المنافع كالمستثنا ه
للسيد وفي البيع تنتقل الى المشتري ولعل هذا هو منشأ الحباء فخر ومما قررناه علم ان القول الاول اقوى
وهذا اذا كان البيع قبل الدخول اما اذا كان بعده فان المهر للبائع سواء اجاز المشتري ام لا وسواء قبض
شيئا من المهر ام لا خلافا للشيخ كما سبق ووجهه ظاهر مما قررناه فان الدخول موجب لاستقرار المهر لحصول ه
مقصود المعاوضة حتى لو طلق لم يؤثر فيه ولم يسقط منه شيء فالبيع بطريق اولى ذكر المص في التحرير بان
اجازة المشتري للنكاح كالعقد المستانف وكذا غيره والظاهر ان المراد بذلك كون نكاح الامة المبيعة ه
قد انقلب من اللزوم الى نحو حال العقد الفضولي وقد يتفرع على ذلك كون المهر كله للمشتري اذا اجاز قبل الد خول
ووجهه ان البيع معاوضة حقيقية تستتبع المنافع فيقتضي دخولها فتدخل منافع البضع في ملك المشتري
ولولاه لم يصح البيع لصيرورة المبيع مجهولا لجهالة وقت الانتفاع فيصير العقد بالاضافة اليه كالفضولي
بخلاف العتق فانه يقتضي فك الملك عن الرقبة وبعد انقطاع السلطنة عنها يلزم انقطاعها عن المنافع
ما لم يسبق ثبوت السلطنة عليها قبل العتق فلا يلزم زوال النكاح اصلا ورأسا وان صار متزلزلا فان قيل
قوله عم ملكت بضعك فاختاري يقتضي ثبوت ملكيتها بالعتق فكيف تكون مملوكة للزوج قلنا هذا كناية عن
رفع سلطنة المولى عنها اذ ليس هناك ملك اصلا او انه اراد عم تملك البضع بثبوت الخيار المفضي اليه كانه
قال ثبت لك الخيار المفضي الى قطع السلطنة عن البضع فاختاري   ولو باع عبده فللمشتري الفسخ
وعلى المولى نصف المهر للحرة ومنهم من انكرها   قد بينا انه اذا باع العبد ثبت للمشتري الخيار في فسخ النكاح ح
وان كانت الزوجة حرة وبينا دليله وحكينا خلاف ابن ادريس وبينا ضعفه واما المهر فانه متعلق بذمة
المولى على اصح الاقوال وقد تقدم فان كان البيع بعد الدخول فقد استقر المهر ووجب جميعه للزوجة
الحرة على المولى وان كان قبله ففي وجوب جميعه او نصفه قولان للاصحاب احدهما وهو اختيار الشيخ والا كثر
وجوب النصف اما بناء على ان العقد يوجب نصف المهر ويجب بالدخول النصف الاخر او لان الفسخ
في معنى الطلاق لاشتراكهما في ابانة عصمة النكاح فيستويان في حكم المهر ولرواية علي بن ابي حمزة عن ابي الحسن ع
في رجل زوج مملوكا له امراة حرة على مائة درهم ثم باعه قبل الدخول عليها فقال يعطيها سيده من ثمنه نصف
ما فرض لها انما هو بمنزلة دين استدانه باذن سيده والثاني وهو اختيار ابن ادريس وجوب الجميع بناء

على ان المهر

على ان المهر كله يجب بالعقد ويتشطر بالطلاق ثبت بالنص والاجماع والحاق الفسخ به قياس باطل واعلم انا قد
اوجبنا في نظير هذه المسألة من الرضاع وغيره وجوب جميع المهر واستشكله المص ثم جزم بوجوب النصف
والفرق وجود النص هنا وانتفاؤه هناك ولا يضر ضعفه مع عمل كبراء الاصحاب به فالفتوى على الاول وقوله
ومنهم من الكرهات شبه بالمنكر الى ابن ادريس واراد بضمير التثنية ثبوت خيار الفسخ اذا بيع العبد وتحته
حرة ووجوب نصف المهر فقط وقد حققنا ذلك   ولو باع امة وادعى ان حملها منه فانكر المشتري لم يقبل قوله
في فساد البيع وفي قبول الالحاق به نظر ينشأ من انه اقرار لا ضرر فيه ومن امكان الضرر بسبب انه قد يرثه لو مات
ابوه عن غير وارث ليست هذه المسألة من مسائل هذا الباب لكنه لما ذكر بيع الامة لبيان حكم النكاح الذي هو
مقصود الباب استطرد الى هذا الحكم المبني على البيع وتحقيق ما هنالك انه اذا باع الامة سيدها ثم ظهر بها حمل
فادعى انه منه ينقسم الى صورتين ان يقطع بكون الحمل قبل البيع بان تلده لدون ستة اشهر من حين البيع وان ن
يجوز الامران كان تلده لدون اقصى مدة الحمل ولم يدخل المشتري فانها مع دخوله تصير فراشا ولا ريب
ان دعوى البايع هذه لو صحت لوجب الحكم بفساد البيع لان بيع ام الولد في غير المواضع المستثناة باطل
فلا يقبل في فساد البيع لانه قد ثبت وحكم بصحته ظاهرا فلا تقدح فيه دعوى البايع ولا يلتفت اليه الا بالبينة نعم
لو ادعى علمه بالعلم فانكر حلف لنفيه وهل يقبل هذه الدعوى من حيث انها متضمنة اقراره بنسب الولد فيحكم
بلحاق الولد به ينبغي القبول في الصورة الاولى لانتفاء المانع فانه ليس الا دفع فساد البيع وقد بينا انه لا يفسد
بمجرد قول البايع وفي القبول في الثانية نظر فان قبل الدعوى الى احدة ان كانت مقبولة وجب قبولها في الا مرين
معا وان كانت مردودة بالنسبة الى الامرين معا لان قبولها في احدهما دون الآخر يقتضي اجتماع القبول
والرد فيها وهو باطل قلنا قد اسلفنا ان العمل بالاصلين المتنافيين في حقوق الناس واجب لانها مبنية
على التضييق فكما ثبت للمشتري واقتضت الدعوى المذكورة بطلانه يجب الحكم بعدم قبولها فيه وفيما سوى ذلك
يجب قبولها توفيرا على كل مقتضاه ومنشأ النظر من ان المذكور اقرار لا ضرر فيه على المشتري لانه لا ضرر
عليه في كون عبده ابنا لزيد البايع وكل اقرار كذلك يجب قبوله لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز ومن
ان نفوذ هذا الاقرار وثبوت هذا النسب يتوقع فيه الضرر لامكان ان يموت المقر عن غير وارث ويخلف
تركة فانه على تقدير ثبوت النسب يشترى من التركة ولو قهرا على سيده ليعتق ويحوز الارث ولا شك في
كون ذلك ضررا على السيد فلا يكون الاقرار نافذا ولقائل ان يقول يمكن الحكم بالالحاق الآن في حق المشتري
ويقربه مما تقدم وتظهر الفائدة فيما لو اشتراه البايع فانه يحكم عليه بعتقه وكذا لو مات عن غير وارث فبنا ع
المشتري مختارا للحاكم وادى الثمن من التركة او اعتقه فانه يجب ان يحكم بارثه عملا بالاقرار السالم عن معارض

وهذا اقرب ولا يخفى ان نفوذ الاقرار يشترط فيه كون المقر به حين الاقرار صغيرا او تصديقه واعلم ان قوله لمص
لم يقبل قوله في فساد البيع يريد به انه لا يقبل بمجرده فاما اذا اقام بينة او حلف اليمين المردودة فانه يقبل قطعا
ولو انه باع الامة والحمل معا وادعى كونه ولده لم تسمع دعواه اصلا لكونها مناقضة للبيع المقتضي لكونه مملوكا
فلا يسمع ما ينافيه وفي الالحاق هنا نظر من وجه آخر وهي المناقضة فان قيل كيف جزم بعدم الدخول في
فساد البيع وتردد في الالحاق قلنا لان فساد البيع يقتضي ابطال حق موجود للمشتري فلم يقبل الاقرار فيه
بخلاف الالحاق فانه ضرره متوهم طلاق العبد بيده اذا تزوج باذن مولاه ولا اعتراض لمولاه سواء كانت
زوجته حرة او امة لغير مولاه وليس له اجباره عليه ولا منعه المشهور بين الاصحاب ان طلاق العبد
بيده ليس للسيد فيه دخل فليس له اجباره عليه ولا منعه منه اذا كان قد تزوج باذن السيد سواء كانت
زوجته حرة او امة بشرط ان تكون الامة لغير السيد والحجة عموم ما روي من قوله عم الطلاق بيد من اخذ بالساق لساق
ورواية ليث المرادي عن الصادق عم وقد سأله عن جواز طلاق العبد فقال ان كانت امتك فلا فان الله
يقول عبدا مملوكا لا يقدر على شيء فان كانت امة قوم آخرين او حرة جاز طلاقه وهذه وان كانت غير دالة
على منع السيد من الطلاق منه يقتضي ذلك لان التشريك بينهما في الطلاق لا قائل به وحسنة علي بن جعفر
عن اخيه الكاظم عن آبائه عن علي عليهم السلام ان رجلا اتاه بعبده زعم انه تزوج بغير اذنه فقال علي عم فرق بينهما
فقال السيد لعبده يا عدو الله طلق فقال علي عم الآن فان شئت فطلق وان شئت فامسك فقال السيد يا
امير المؤمنين امر كان بيدي فجعلته في يد غيري قال ذلك لانك حيث قلت له طلق اقررت له بالنكاح وفقه
الحديث ان الامر بالطلاق يستدعي نكاحا صحيحا فيكون ذلك اقرارا به وهو مستلزم للاجازة من السيد
لامتناع صحة نكاح العبد بدون اذن المولى او اجازته وخالف هنا فريقان ابن الجنيد وابن ابي عقيل
حيث نفيا ملكية العبد الطلاق من راس لرواية زرارة عن الباقر والصادق عليهما السلم المملوك لا يجوز
طلاقه ولا نكاحه الا باذن سيده قال فان زوجه السيد بيده من الطلاق فقال بيد السيد ضرب الله مثلا
عبدا مملوكا لا يقدر على شيء افشيء الطلاق ولرواية شعيب العقرقوفي عن الصادق عم وقد سأل عن
طلاق العبد فقال ليس له طلاق ولا نكاح الا باذن مولاه والنكرة المنفية للعموم والجواب بالحمل على ما اذا تزوج وح
بامة مولاه لان ما تقدم اخص والخاص مقدم قال المص في المختلف وقول ابن ابي عقيل وابن الجنيد لا يخلو عندي
بعيدا من الصواب والاصح ما عليه الاكثر ابو الصلاح حيث قال لسيده ان يجبره على الطلاق لان تنفيذ
امره وطاعته عليه واجب لانه له اجباره على النكاح فكان له اجباره على رفعه وفسخه ولرواية زرارة وشعيب
السابقتين والجواب المنع من عموم وجوب تنفيذ امره ولا يلزم من جواز اجباره على النكاح ثبوت مثله في

الطلاق

الطلاق والروايتان لا حجة فيهما لانهما عامتان والاخبار المتقدمة اخص والخاص مقدم والمذهب ما عليه الا كثر
الا ان تكون امة لمولاه فان طلاقها بيد المولى وله التفريق بغير طلاق مثل فسخت عقدكما او يامر كلا منهما باعتزال
صاحبه وليس بطلاق فلا يحرم في الثالثة لو تخلله رجعة هذا استثناء من قوله طلاق العبد بيده الخ فانه دل
على ان طلاق امة المولى اذا كانت زوجته ليس بيده الا بمفهوم المخالفة من قوله امة لغير مولاه وتحقيقه ان زوجة
العبد اذا كانت امة لمولاه فان طلاقها وازالة قيد نكاحها بيد المولى ولا دخل للعبد فيه اجماعا وللدلالة عليه من
النصوص صحيحة محمد بن مسلم قال سالت الباقر عليه السلام عن قول الله عز وجل والمحصنات من النساء الا ما ملكت
ايمانكم قال هو ان يامر الرجل عبده وتحته امته فيقول له اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يحبسها حتى تحيض ثم
يمسها ورواية ليث المرادي السابقة فانها نص في الباب وكذا رواية زرارة ورواية شعيب السالفتان فانهما
منزلة على امة المولى اذا تقرر ذلك فللمولى التفريق بلفظ الطلاق وبلفظ الفسخ وبالامر بالاعتزال
كما دلت عليه الاخبار فاما الطلاق فلفظه ظاهر واما الفسخ فهو فسخت نكاحكما او عقدكما وما جرى مجراه
واما الامر بالاعتزال فحقيقته ان يامر كلا منهما باعتزال صاحبه وقد دلت رواية محمد بن مسلم على ذلك
لان فيها فيقول له اعتزل امرأتك ثم يحبسها حتى تحيض لان الظاهر ان المراد من قوله يحبسها منعها منه
واعتزالها اياه اذا كان الامر بالاعتزال كافيا في ازالة النكاح فالفسخ اولى لانه ادل منه على ذلك ويتفرع
على ذلك مسائل الاولى اذا طلق المولى بلفظ فاللائح من عبارة المص انه يعد في الطلاق فان قوله في التفريق
بغير طلاق وليس بطلاق مشعر بان التفريق بالطلاق يعد طلاقا وكذا عبارة التحرير والارشاد وعلى هذا
فيشترط فيه شروط الطلاق كلها وبذلك صرح بعض الاصحاب وهذا انما يستقيم اذا قلنا ان تزويج السيد
عبده بامته عقد نكاح اما اذا قلنا انه اباحة فلا وقد رجح المص فيما تقدم واحدا من الامرين اذا فسخ
المولى بلفظ الفسخ او الامر بالاعتزال في عده طلاقا قولان صرح المص هنا وفي غير هذا الكتاب بانه لا يعد
فان قوله هنا وليس بطلاق يريد به وليس واحد من الامرين اللذين قبله اعني فسخت والامر بالاعتزال
وكانه يريد بعدم عده طلاقا العموم سواء قلنا ان هذا نكاح او اباحة اما اذا قلنا بانه اباحة فظاهر لان
وقوع الطلاق فرع ثبوت النكاح واما على انه نكاح فلانه لم يقع بلفظ الطلاق والطلاق لا يقع بالكناية
عندنا ولان فسخ النكاح الحقيقي بلفظ الفسخ لا يعد طلاقا في شيء من الابواب كالفسخ بالعتق والعيب
والتدليس وغيرهما فهنا اولى والى هذا ذهب ابن ادريس والمص وابن سعيد وغيرهم وهو الاصح والقول
الثاني للاصحاب انه طلاق وهو قول الاكثر لانه احد الطريقين لرفع قيد النكاح هنا فكان كالخلع ولان
المولى مخير بين الامرين اعني الطلاق والفسخ فلولا ان كل واحد منهما كالاخر في حصول المقصود لما امتنع

الاكتفاء به عنه وليس هو كالفسخ بالعيب ونحوه لان البدلية عن الطلاق ثم منتفية بخلاف ما هنا ولانه اقرب الى
الاحتياط ويضعف بانه لا يلزم من زوال قيد النكاح به ان يكون كالطلاق في جميع احكامه فان قلنا بالاول
لم يشترط فيه شروط الطلاق ولم يعد في الطلقات ولو رجع باذن المولى بعده في محل الرجعة او استانف النكاح ح
بالاذن بعد الحيض تحرم بالفسخ الثاني الى ان تنكح زوجا غيره والى هذا اشار المص بقوله فلا تحرم في الثاني لو
تخلله رجعة اي لا تحرم في الفسخ الثاني لو تخلل بينه وبين الفسخ الاول رجعة ولا يخفى انه يعتبر في الرجعة
اذن المولى كما في النكاح ومثل الرجعة استيناف النكاح في محله وانما اهمله المص لظهوره والمراد بالتحريم هو التحريم
الا ان تنكح زوجا غيره لان هذا شان الامة بعد تطليقتين وان قلنا بالثاني يثبت جميع ذلك المسئلة الثالثة
اشار اليها المص ولو استقل العبد بالطلاق وقع على اشكال وتحقيقها ان العبد المزوج بامة سيده
باذنه اذا اوقع طلاقها استقلالا من دون اذن السيد هل يقع الطلاق ام لا فيه اشكال ينشاء من دلالة
رواية ليث المرادي على عدم الوقوع فان فيها قلت ان كانت امتك فلا ان الله تعالى يقول عبدا مملوكا لا يقدر على شيء
وهي نص وقريب منها رواية زرارة ورواية شعيب السابقتان ومن انه زوج فيقع طلاقه لقوله ع الطلاق
بيد من اخذ بالساق ويضعف بدلالة ما سبق على اختصاص ذلك بما عدا صورة النص وحقق الشارح
الفاضل بناء الوقوع على كونه نكاحا وعدمه على كونه اباحة ويبطل بانه على الاباحة يمتنع القول بوقوع الطلاق
من كل من العبد والسيد فلا يجي الوجهان الا على القول بالنكاح والاصح عدم الوقوع المسئلة الرابعة
اشار اليها ولو امره بالطلاق فالاقرب انه فسخ ان جعلناه اباحة والا فاشكال وتحقيقها انه اذا امر السيد
عبده المزوج بامته بالطلاق فهل يكون مجرد امر السيد فسخا للتزويج ام لا فيه وجهان فان جعلنا هذا
التزويج اباحة فاقرب الوجهين انه فسخ وان جعلناه نكاحا فاشكال ينشاء من تكافؤ الوجهين وجه القرب
على القول بالاباحة ان عصمة هذا التزويج على تقدير انه اباحة ضعيفة يكفي في رفعها ادنى سبب يدل على المنع
ولا ريب ان الامر بالطلاق دال عليه ولان الامر بالاعتزال فسخ بالنص والاجماع مع صراحته في ارادة قطع
تلك العصمة فالامر بالطلاق اولى لانه ادل على ارادة قطعه من الامر بالاعتزال وفي هذا الوجه قوة ويحتمل
ضعيفا عنده العدم لان المفهوم من الامر بالطلاق ارادة ايجاده من العبد فلا يحصل قبله ويضعف بان هذا
مدلوله المطابقي والمدعى هو المدلول الالتزامي ولان الامر بالطلاق يستدعي بقاء الزوجية الى حين ايقاعه
فلو دل على الفسخ قبله لتنافى مدلولا اللفظ ولمانع ان يمنع هذا الاستدعاء فان المستدعى هو صحة الطلاق
اما الامر به فلا لانه لو دل على الفسخ لامتنع هذا الافعل مقتضاه فيمتنع الخطاب به والتالي معلوم البطلان
والملازمة ظاهرة لان الفسخ اذا وقع امتنع الطلاق وبطلان التالي ممنوع ولان امره بالطلاق يدل على طلب

الامتثال

٢٠٥

الامتثال وذلك يقتضى ارادة عدم الفسخ ضرورة وفيه منع واما تكافؤ الوجهين على القول بالنكاح فلان الدا فع
للنكاح ابتداء من غير توسط امر آخر كعيب ونحوه هو الطلاق والامر لا يعد طلاقا قطعا فيبقى النكاح معه
ويحتمل افادته مفاده لانه اقوى فى الدلالة على مقصوده من الامر بالاعتزال وعدم الوقوع على القول بانه نكاح تقت
المسئلة الخامسة اشار اليها وكذا الاشكال لو طلق العبد وتحقيقها انه فى الصورة المذكورة اذا امر السيد العبد
بالطلاق فطلق هل يقع ام لا ذكر المص فيه اشكالا على تقدير وقوعه هل يعد طلاقا او فسخا ام تعرض المص
اليه ومنشأ الاشكال من وقوع الصيغة من اهلها فى محلها وذلك لانه المانع منه لكونه بيد المولى فاذا امره
به صار نائبا عنه فوجب الحكم به لزوال المانع وقد دلت رواية زرارة على وقوع طلاق العبد باذن السيد كالنكا ح
وبينا انه بمنزلة على ما اذا انكح امة المولى ولعموم الطلاق بيد من اخذ بالساق خرج منه ما اذا لم ياذن المولى
فيبقى الباقى على اصله ومنافى الصورة النزاع ومن ان الظاهر رواية محمد بن مسلم انحصار الفرقة هنا فى امر
السيد بالاعتزال الاسيما على القول بانه اباحة لا نكاح فان الطلاق لا يجامع الاباحة فيقع لاغيا والاصح الوقوع
ودليل الثانى ضعيف وعلى ما اخترناه من كون هذا التزويج نكاحا فهو محسوب طلاقا لوجود المقتضى وا نتفاء
المانع وعلى انه اباحة فان قلنا بوقوعه كان فسخا والا كان لغوا ولو طلق الامة زوجها بعد الدخول بها
سواء كان الزوج حرا او عبدا وسواء كانا مملوكين لواحد او متعدد ثم باع السيد الامة فهل يكفى اكمال العدة عن
استبراء المشترى له فيه قولان احدهما واختاره الشيخ فى المبسوط وابن البراج وابن ادريس انه لا يكفى فيجب
بعد العدة الاستبراء ولا يحل للمشترى بدونه لانهما حكمان لمكلفين ولكل منهما سبب يقتضيه فاسقاط
احدهما بالآخر يحتاج الى دليل والثانى واختاره المص فى المختلف انه يكفى لان الغرض من الاستبراء العلم ببراءة
الرحم ولهذا يكفى استبراء البائع لها بالنسبة الى المشترى ويسقط لو كانت امة امرأة او حائضا والعدة ادل
على ذلك ولانها بانقضاء العدة مستبرأة فلا يجب عليها استبراء آخر ولان وجوب الاستبراء بالبيع انما هو من
احتمال وطى البائع لعرض وطى المشترى وكلاهما ممتنع فى صورة النزاع وهذا اصح والظاهر عدم الفرق بين ما
اذا طلقت ثم بيعت وعكسه ووقوعهما معا ولو ان المص اتى بالواو عوض ثم فى قوله ثم بيعت لصلحت العبارة
الاول ملك الرقبة ويجوز ان يطأ بملك اليمين ما شاء من غير حصر تقدم ان نكاح الاماء يستباح بامرين
العقد والملك وقد سبق الكلام على العقد على الاماء مستوفا وهذا الفصل لبيان احكام النكاح بالملك ولما
كان دائرا بين ملك الرقبة وملك المنفعة بين احكامه فى مطلبين وابتدأ بملك الرقبة لانه الاصل فى الباب وقد
تطابق النص والاجماع من كافة اهل الاسلام على جواز النكاح بملك اليمين ونصوص الكتاب والسنة بذلك متواترة
ويؤيدها ان جميع منافع الامة حق لسيدها ومن جملتها منافع البضع وكما انه لا خلاف فى حل الوطى بملك

على رأى م بعض اكمال العدة فيكفى عن الاستبراء لو طلق الامة زوجها ص

اليمين كذا لا خلاف في ان الموطوءات لا ينحصرن في عدد بخلاف النكاح بالعقد ويدل عليه قبل الاجماع قوله تعالى الا على
ازواجهم او ما ملكت ايمانهم وكلما من ادوات العموم فيتناول ما لا نهاية له ولعل السر فيه قوة السلطنة بالملك في
حقوق المملوكة وكونها استحقاق منافع البضع بالمالية معدودا من جملة الاموال فلا يتطرق اليه ما يتطرق الى
النكاح بالعقد من تحديد الميل والحيف ولا يخفى ان هذا انما هو في طرف الرجال اما النساء فان ملك اليمين
فيهن ليس طريقا الى حل الوطي ولا النظر وفي رواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع قال قضى امير المؤمنين ع في امرأة
امكنت نفسها من عبد لها فنكحها ان تضرب مائة ويضرب العبد خمسين جلدة ويباع بصغر منها الحديث وقد
تقدم الكلام على جواز نظر الخصي الى مولاته او مطلقا وعدمه   فان زوجها حرمت عليه حتى النظر اليها بشهوة
او الى ما يحرم على غير المالك الى ان يطلقها وتعتد ان كانت ذات عدة   اذا زوج الرجل امته حرم عليه جميع انوا ع
الاستمتاع حتى النظر اليها بشهوة وان كان الى وجهها وكفيها وان كان بغير شهوة حرم نظره الى ما يحرم على غير
المالك منها دون غيره لانها بمنزلة الاجنبية فان وجوه الاستمتاع مملوكة للزوج فيحرم على غيره لامتناع حل الاستمتا ع
لغير واحد ولما رواه مسعدة بن زياد قال قال ابو عبد الله ع يحرم من الاماء عشر لا تجمع بين الام والبنت
ولا بين الاختين الى ان قال ولا امتك ولها زوج الحديث والمراد ان المملوكة ولها زوج حرام واطلاق التحريم يتناول
جميع وجوه الاستمتاع لانتفاء المخصص ولان ذلك هو المتبادر من هذا اللفظ وسأل عبد الرحمن ابن الحجاج ابا
عبد الله ع عن الرجل يزوج مملوكته عبده اتقوم عليه كما كانت تقوم عليه فتراه منكشفا او يراها على تلك الحال
فكره ذلك وقال قد منعني الى ان ازوج بعض خدمي غلامي لذلك والظاهر ان المراد بقوله كره التحريم ويدل
عليه رواية عبيد بن زرارة عن ابي عبد الله ع عن الرجل يزوج جاريته هل له ان يرى عورتها قال لا وعمي بها من
حيث ترك الاستفصال يدل على ارادة التحريم هنا ويبقى هذا التحريم الى ان تخرج من النكاح بطلاق او موت او
فسخ وينقضي عدتها ان كان لها عدة سواء كانت بائنا او رجعية روى عبد الرحمن ابن ابي عبد الله قال قلت
لابي عبد الله ع الرجل يبتاع الجارية ولها زوج قال لا يحل لاحد ان يمسها حتى يطلقها زوجها الحر ولا شبهة
ان الموت والفسخ كالطلاق وانقضاء العدة معتبر للاجماع ولانها من توابع النكاح فانها لاستعلام براءة
الرحم من الحمل ومورده وان كان زوجها الحر الا ان زوجها العبد كذلك اتفاقا وهي منزلة عليها اذا اجاز المشتري
النكاح لرواية عبد الله اللحام عن ابي عبد الله ع وقد سأله عن الرجل يشتري امرأة الرجل من اهل الشرك
يتخذها قال لا باس فان الظاهر ان المسؤول عنه بقوله يتخذها هو الوطي ولا يكون ذلك الا مع الفسخ والمراد
باللمس في الرواية الاولى هو الوطي لكن لا فرق بينه وبين غيره من وجوه الاستمتاع واراد المص بقوله او الى ما يحرم على
غير المالك ان ما لا يحرم على غيره النظر اليه منها كالوجه والكفين بغير شهوة اما معها فيحرم والحاصل انها بالتزويج

حير

تصير في الاستمتاعات كلها كالاجنبية لانها صارت حقا للغير ولم يتعرض المص الى حكمها وينبغي ان يكون في جميع
الاستمتاعات كالمزوجة لان الاحتياط في الفروج اشد من تزويج شيء من الاستمتاع لغير واحد وفي رواية عبد
الرحمن ابن الحجاج ما ينبه على ذلك فان تزويج السيد من عبده دائر بين كونه نكاحا او اباحة والموطوءة بشبهة لاه
شبهة في تحريم وطئها او ما جرى مجراه ما دامت في العدة وفي غيره تردد وكذا وطء المستبرأة زمان الاستبراء اما مقد مات
الوطي فلا تحرم وهو في صحيحة محمد بن اسماعيل عن ابي الحسن ع في الامة المبتاعة يحل للمشتري ملامستها قال
نعم ولا يقرب فرجها والفرج شامل للقبل والدبر وبه صرح في الدروس في كتاب البيع وهذا في المبتاعة اما غيرها
ففي قصر التحريم على الوطي وتعميمه في وجوه الاستمتاع نظر وليس لمولاها فسخ العقد الا ان يبيعها فيتخير المشتري
انما يتفق هذا اذا كان الزوج حرا او مملوكا لغير سيدها فان كان مملوك السيد فان الفسخ بيده كما تقدم بانه
واذا باعها والحالة هذه فان الخيار لكل من البايع والمشتري كما سبق فان قيل اذا باع السيد الامة المزوجة و
والزوج مملوك لغيره يثبت الخيار للمشتري ولمولى الزوج فيكون قوله فيتخير المشتري قاصرا لان المفهوم منه ان
الخيار للمشتري خاصة قلنا هذا المفهوم هو المراد ولا قصور فيه لان الاستثناء من قوله وليس لمولاها فسخ العقد
ولا تعرض فيه الى مولى العبد بنفي ولا اثبات ولما كان الاستثناء موجبا ثبوت الخيار لمولاها البايع بين اختصا صه
بمولاها المشتري وله الجمع بين الامة وبنتها في الملك دون الوطي وكذا بين الاختين فان وطي احدهما حرمت
الام والبنت مؤبدا والاخت جمعا فان اخرج الموطوءة ولو بعقد متزلزل حلت اختها لما كان جانب الملك مغلبا
في المملوكة والوطي تابع جاز الجمع بين الامة وبنتها في الملك اذ ليس ثم الا المالية وهي متحققة فيهما اما الوطي فلا يجي
المنافي وكذا القول في الاختين سواء فان وطي واحدة من الام والبنت ومن الاختين حرمت الاخرى قطعا
فان الام والبنت ايهما وطي حرمت عليه الاخرى بعينها مؤبدا واما الاختان فان وطي احديهما يوجب تحريم الاخرى
جمعا لا عينا ومعناه ما دامت الموطوءة في ملكه يحرم عليه وطي الاخرى فاذا اخرج الموطوءة عنه ولو بعقد متزلز ل
كالبيع بخيار حلت الاخرى لان تزلزل العقد لا يمنع نقل الملك ومتى خرجت عن ملكه انتفى المانع وقد سبق
في كلام المص في التحريم عن المؤيد في الحل بذلك اشكال وكذا في تزويجها وهنها وبينا حكمه مستوفا ولا يحل
من الاب والابن مملوكة موطوءة الآخر لا وطيها لان المقصود الاصلي في التمليك المالية فالوطي تابع كسائر المنافع
ولا يحل المشتركة على الشريك الا باباحة صاحبه لا بالعقد ويحل لغيرهما بهما مع اتحاد السبب قد تقدم تحقيق
ذلك مستوفا وقد جزم المص هنا بحل المشتركة باباحة الشريك ولم يرجح فيما سبق واحدا من القولين وقد بينا
ان الاصح عدم الحل ولو اجاز المشتري للامة النكاح لم يكن له الفسخ وكذا لو علم وسكت لا ريب انه المشتري
اذا اجاز النكاح صار العقد لازما فامتنع فسخه وكذا لو علم بالخيار وسكت فان خياره يسقط لانه فوري على

ما سبق وكذا الحكم لو ملك الزوج سواء كان هو البائع او غيره   ولو فسخ فلا عدة وان دخل بل يستبرئها بحيضة
او بخمسة واربعين يوما ان كانت من ذوات الحيض ولم تحض ولا يحل له وطؤها قبل الاستبراء   اى لو فسخ مشترى
الامة النكاح لم يجب للامة عدة على احد القولين سواء دخل الزوج ام لا بل يجب الاستبراء مع الدخول بحيضة
واحدة لانه لابد من العلم ببراءة رحمها من الحمل والحيضة كافية فى ذلك ولرواية الحسن بن صالح عن ابى عبد الله ع
قال نادى منادى رسول الله ص فى الناس يوم اوطاس ان استبرئوا نساءكم بحيضة ولا شك ان فيهن من كانت
مزوجة فان كانت من ذوات الحيض اى فى سن الحيض غير يائسة ولا صغيرة ولم تحض فاستبرئوها بخمسة
واربعين يوما لما روى ذلك عبد الرحمن بن ابى عبد الله عن الرجل يشترى الجارية التى لم تبلغ المحيض واذا قعدت
من المحيض ما عدتها وما يحل للرجل من الامة حتى يستبرئها قبل ان تحيض قال اذا قعدت من المحيض او لم
تحض فلا عدة لها والتى تحيض فلا يقربها حتى تحيض وتطهر فاذا كانت الجارية فى سن من تحيض يستبرئ
بخمسة واربعين يوما والحاصل انه متى حصل الحيض او مر خمسة واربعين يوما بيضا فقد تحقق الاستبراء
وحل الوطى وبدونه يحرم وقيل تجب العدة لان مناط الاستبراء انتقال المملوكة التى لا زوج لها فان الاخبار
دالة على ان الاستبراء لاحتمال وطى البائع ولهذا لو اخبر بعدم الوطى وكان امينا قبل ولو كان امراة لم يجب الاستبراء
وسياتى فى خبر ابن سنان عن ابى عبد الله ع ما يدل على ذلك ولا ريب فى ان وطيه مع الزوجية منتف فلا
استبراء منه ووطى الزوج فى النكاح الدائم حقه ان يجب به العدة ولهذا يجب مع الطلاق فيجب مع الفسخ وهى
قوية وسياتى فى كلام المص فى العدد ترجيح هذا ولو بلغت سن الياس الذى تقدم تحديده فى اول الكتاب او لم
تبلغ تسع سنين جاز وطؤهما من غير استبراء لكن بعد بلوغ التسع   وكذا كل من ملك امة باى وجه كان
حرم عليه وطؤها قبل استبرائها الا ان تكون يائسة او حائضا على راى ظاهرا لان من خصص حيضها بالتحير
اى وكالذى فسخ نكاح الامة المزوجة بالشراء كل من ملك امة باى وجه كان من هبة او ارث او صلح او قرض
او غيره وفائدة ذلك وتعتبر فى استبرائها ان تكون يائسة وان تكون حيضا ظاهرا اى مقطوعا به لانه من خصص
تحيضها كذاكرة العدد الناسية الوقت والمتحيرة اذا رجعت الى الروايات ومثلها الراجعة الى عادة نسائها
واقرانها وذات التمييز اذا لم تتيقن الحيض فهنا مباحث   ان الاستبراء كما يجب على من ملك بالشراء كذلك
يجب على من ملك بغيره من الاسباب الناقلة للملك ولا مخالف فى ذلك من اجلاء الاصحاب الا ابن ادريس مستندا
فى ذلك الى الاصل وان النص انما ورد على المشترى وهو ضعيف فان المقتضى وهو استفراغ الرحم موجود
وخوف ضياع النسب حاصل والاحتياط فى الفروج اشد من ذلك   اليائسة لا يجب استبراؤها لانتفاء
المقتضى فى حقها وكذا الصغيرة وقد سبق فى الرواية ما ينبه على ذلك ولم يذكر المص الصغيرة هنا ولعله نبه

بتكرار البائنة على حكمها لاستتراكهما في المقتضى   اذا ملك الامة حائضا سواء كان بشراء او غيره لم يجب الاستبراء
واكتفى بتلك الحيضة ذهب الى ذلك الشيخ في النهاية واكثر الاصحاب ومنهم المص وهو الاصح لان الغرض علم براءة الرحم
وهي حاصلة بذلك ولصحيحة الحلبي عن الصادق ع قال سألته عن رجل اشترى جارية وهي حائض قال اذا طهرت
فليمسها ان شاء وفي مقطوع سماعة قال سألته عن رجل اشترى جارية وهي طامث ايستبرئ رحمها بحيضة
اخرى ام يكفيه هذه الحيضة قال لا بل تكفيه هذه الحيضة وهي نص في ذلك وقال ابن ادريس لا بد من استبرائها
لعموم الامر بالاستبراء وفي رواية عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله ع ان الذين يشترون الاماء ثم يأتونهن
قبل ان يستبرئوهن فاولئك الزناة بامو الهم والجواب المخصص موجود وقد ذكرناه والرواية معارضة بباقي
منها فتحمل على الكراهة الاستبراء في موضع وجوبه وانما يكون بحيضة وحكى المص في المختلف عن ابن ادريس
ان الامة المبتاعة وهي حائض تستبرأ بقرئين وفي رواية عن الرضا ع ان الاستبراء فيها بحيضتين وهي على
الاستحباب والمذهب الاكتفاء بحيضة واحدة في موضع الوجوب والاخبار في ذلك مستفيضة وعليه كافة
الاصحاب لا بد في هذه الحيضة من القطع بكون الدم حيضا فلا يكفي الحكم بالحيض في ظاهر الحال استنادا الى مجرد
تخصيص المرأة ايام الحيض بزمان مخصوص كما لو استقرت عادتها عددا خاصة ثم استمر الدم او نسيت
ذات العادة وقتها او ذكرت عددها وكان الدم مستمرا بحيث لا تعلم الحيض في زمان دون آخر فامرت شرعا
بتخصيص ذلك العدد بزمان مستندة في ذلك الى اختيارها او مثله المبتدأة اذا استمر بها الدم ويحصل لها
تمييز او ردت الى عادة نسائها او اقرانها في محلها او رجعت الى الروايات مع عدمهن سواء طابق ذلك تمييز
ام لا وكذا في التي قبلها في المتحيرة اذا رجعت الى الروايات لذلك ووجه عدم الاكتفاء بالحيض في هذه الصور
ان الغرض منه العلم ببراءة الرحم وانما يتحقق ذلك مع وجود الحيض بحسب نفس الامر اما الدم الذي
لا يدل دليل على كونه حيضا وانما حكم به للضرورة حذرا من لزوم الحرج بالاحتياط في جميع الزمان فانه لا
يفيد ذلك فيبقى احتمال الحمل كما معه كان ومن ثم حكم التي حيضها غير مستقيم في العدة بالاشهر والى هذا اشار
المص بقوله ظاهرا فانه يريد به كون الحيض ظاهرا بينا فعلى هذا تتربص هذه بشهر واحد لان الشهر بدل
الحيضة فيمن ليست مستقيمة الحيض وتحتمل بخمسة واربعين يوما الحاقا لها بمن لا حيض لها وتحتمل ان   بعضها
زمانا يقطع بحصول الحيض فيه كما لو اختلفت عادتها في شهر مثلا فانها تتربص شهرا او مع انتفائه فبخمسة
واربعين يوما وهذا لا بأس به ويمكن ان يريد المص بقوله ظاهرا كون الحيض بينا مقطوعا به بل يريد كونه
راجحا لوجود علامة تدل عليه شرعا لان ذلك هو المتعارف من الظاهر وذلك كما في ذات التمييز لا سيما اذا
طابق تمييزها عدد العادة او ما جنت اليه المتحيرة ونحوها من الروايات وكذا المبتدأة اذا رجعت الى عادة

النساء والاقران خصوصا انا ناكد بمطابقة التمييز ووجه وجود العلامة الشرعية الدالة على تحقق الحيض في
نفس الامر ومثل ذلك كاف في التحقق ولو اعتبر تطرق الاحتمال لقدح في حيض ذات العادة ولكان الدم الذي
يمكن ان يكون حيضا في غير زمان العادة غير كاف في الاستبراء وليس بشيء وهذا قوي وسياتي في العدد ان
شاء الله تعالى الاكتفاء في العدة بالتمييز وبعادة النساء فهنا اولى وفي كلام لشيخنا الشهيد الاكتفاء بما يحكم بكونه
حيضا في جميع هذه المواضع وما قدمناه اظهر اذا عرفت ذلك فاعلم ان قول المص الا ان يكون بالسن الخ
استثناء مما قبله بل يستبرئها بحيضة او بخمسة واربعين الخ ولا يحل له وطؤها قبل الاستبراء وكذلك
من ملك الخ وقوله او حائضا او حاملا او لامراة انه اعتراض الا ان حقه ان يكون عند قوله بل يستبرئها ه
بحيضة ليكون تنقيحا للمراد من الحيضة وذكره هنا غير مستحسن لانه ان كان بيانا للمراد من الحيضة فهو اعتراض مستقبح
في غير محله وان كان بيانا للمراد من قوله او حائضا فابعد واشد وكيف كان فهو صفة لمصدر محذوف وكذا
عامله محذوف يدل عليهما قوله بل يستبرئها بحيضة وتقديره يستبرئها بان تحيض حيضة حيضا ظاهرا
وقد افاد حكم بقية المستثنيات او حاملا او لامراة على راي او لعدل اخبر باستبرائها او اعتقها مع
جهل وطي محترم والاستبراء افضل ولو اعتقها بعد وطئها حرمت على غيره الا بعد عدة الطلاق فهنا مسائل بل
اذا اشترى الامة وهي حامل لا استبراء لها بل ان كان الحمل محترما لم يطاها حتى تضع وان كان من زنا
فحتى تمضي اربعة اشهر وعشرة ايام وقد اختلفت في ذلك الاخبار وكلام الاصحاب والمحصل ما قلناه وقد
ذكرنا الكلام فيه في بيع الحيوان اذا اشترى الامة من امراة ففي وجوب الاستبراء قولان احدهما ه
واختاره الشيخ واكثر الاصحاب انه لا يجب وهو الاصح لرواية ابن ابي عمير وحفص عن ابي عبد الله عليه السلام
في الامة تكون للمراة فتبيعها قال لا باس بان يطاها من غير ان يستبرئها ولرواية زرارة قال اشتريت جارية
بالبصرة من امراة فخبرتني انه لم يطاها احد فوقعت عليها ولم استبرئها فسالت عن ذلك ابا جعفر عليه السلام
هو ذا انا قد فعلت ذلك وما اريد ان اعود وغير ذلك من الاخبار والثاني واختاره ابن ادريس
الوجوب لعموم الامر بالاستبراء المتناول لصورة النزاع ورواية عبد الله بن سنان السالفة تدل على ذلك
ويجاب بان الخاص مقدم والشهرة بين الاصحاب مؤيدة نعم يكره الوطي قبله احتياطا للفروج ورواية زرارة
تشهد له لو اشترى الامة من عدل واخبر باستبرائها فقولان كالتي قبلها واوجب ابن ادريس لنا ان
شهادة العدل مثمرة للظن القوي وقد اكتفى الشارع بها في كثير من الشرعيات خصوصا اذا اخبر عما بيده
وفي ملكه فجاز التعويل عليها ولصحيحة ابن سنان قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية
لم تحض قال يعتزلها شهرا ان كانت قد مست قال افرايت ان ابتاعها وهي طاهر زعم صاحبها انه لم يطاها

منذ طهرت

منذ طهرت فقال ان كان عندك امينا فمسها الحديث ومثلها رواية محمد بن حكيم عن العبد الصالح ورواية حفص
بن البختري عن ابي عبد الله عم احتج ابن ادريس على عموم الامر بالاستبراء برواية عبد الله بن سنان عن
ابي عبد الله عم اشتري الجارية من الرجل المأمون فيخبرني انه لم يمسها فقد طمثت عنده وطهرت قال ليس بجائز
ان يأتيها حتى يستبرئها ولكن يجوز لك ما دون الفرج ان الذين يشترون الاماء ثم يأتونهن قبل ان يستبرئوهن وهن
فاولئك الزناة باموالهم وجوابه الحمل على الكراهة جمعا بين الاخبار اذا اشترى الامة فاعتقها جاز له العقد
عليها قبل ان يستبرئها اذا لم يعلم كونها موطوءة وطيا محترما واحترزنا بالوطي المحترم عن الزنا فانه لا
حرمة له ولا اعتبار به ولو كانت سرية فكذلك بطريق اولى واوجب بعض العامة الاستبراء هنا وليس
بشيء يدل على ذلك ما وراء الاجماع ان الاستبراء انما ثبت وجوبه في المملوكة وقد خرجت بالعتق عن كونها
مملوكة لا يقال قد اوجب استبراؤها بالشراء والاصل بقاؤه لانا نقول لما اعتقها خرجت عن ملكه وصارت
اجنبية بالنسبة اليه والعدة سواء فسقط الحكم الاول فاذا اراد انشاء النكاح كانت كغيرها من الاجنبيات ٥
اللاتي لم يعلم لهن وطي محترم ولما رواه محمد بن مسلم عن ابي جعفر عم في الرجل يشتري الجارية فيعتقها
ثم يتزوجها هل يقع عليها قبل ان يستبرئ رحمها قال يستبرئ رحمها بحيضة قلت فان وقع عليها قال لا باس
ومثله ما روى عبد الله بن زرارة عن ابي عبد الله عم وكذا ابي العباس البقباق عنه عم والافضل الاستبراء
لقوله عم في رواية ابي العباس هذه ورواية ابن ابي يعفور قوله ان يفعل وان لم يفعل فلا باس ومعنى قوله
ان يفعل حقه ان يفعل ويدل على حكم السرية ما رواه زرارة قال سألته يعني ابا عبد الله عم عن رجل اعتق نعم ص
سرية له اله ان يتزوجها بغير عدة قال قلت فغيره قال لا حتى تعتد ثلثة اشهر ومثله ودوى الحلبي عنه عم
لاريب ان الثلثة الاشهر انما تكفي مع تعذر الاقراء او انها كناية عن الاقراء لانها غالبا لا تكون في اقل من ثلثة
عشر وهذا هو المراد من قول المص عدة الطلاق واعلم انه لو علم ان الامة المبتاعة موطوءة وطيا محترما من
نحو زوج فسخ نكاحه او من الوطي فاعتقها لم يجز له تزوجها الا بعد الاستبراء تكفي الحيضة لان في رواية
محمد بن مسلم استحباب الاستبراء بحيضة مع جهل الوطي فلولا ان الحيضة تكفي مع العلم به لم يكن لاستحبا بها
معنا فان الغرض منها تيقن براءة الرحم لاحتمال الوطي ولان ذلك كاف قبل العتق فكذا بعده عملا بالاستصحاب
وسياتي في كلام المص في العدد ما يدل على ذلك لو اشترى الامة وسلمها صغيرا او عنين او مجبوب
ففي كونها كامة المراة في سقوط الاستبراء قول للشيخ لو مي اليه ان النصوص دالة على ان مدار الاستبراء
امكان وطي البائع وجودا وعدما ولو مي الى ذلك قوله في صحيحة ابن سنان وقد قال له ارايت ان ابتاعها
وهي طاهر وزعم صاحبها انه لم يطاها منذ طهرت ان كان عندك امينا فمسها فانه يدل على ان المنظور اليه العلم

وطي البائع واما احتمال وطي غيره فانتفاؤه يكفي فيه اصالة العدم ولا ريب في انتفاء الوطي عن المجبوب والعنين
وكذا الصغير   لو اراد تزويج الامة المبتاعة فان كان البائع قد وطأها فلا بد من الاستبراء وان لم يكن
وطأها معلوما فالمتجه الجواز بدون الاستبراء لمشكاة البراءة ولان الاستبراء تابع لانتقال الملك وهو منتف
هنا ولان المشتري اذا اعتقها جاز ان يزوجها غيره بغير استبراء فقبل العتق لذلك لاستواء الحالين
في انتفاء المقتضي للاستواء فان طلقها الزوج قبل الدخول في هذه الصورة احتمل جواز وطي البائع اياها
بغير استبراء لسقوطه بالتزويج وانتفاء غيره بالطلاق قبل المسيس   ويجوز ابتياع ذوات الازواج
من اهل الحرب وبناتهم وما يسبيه اهل الضلال منهم لا خلاف بين علمائنا في انه يجوز للمسلم ان يشتري المرأة
المزوجة من اهل الحرب ولو من زوجها وكذا يجوز ان يشتري بناتهم وابناءهم ويتصرفون ملكا وان كان
البائع الاب ونحوه ويترتب على هذا الملك احكامه التي من جملتها وطي الجارية بملك اليمين ووجهه ان اهل
الحرب فيء للمسلمين يملكون بمجرد الاستيلاء عليهم فاذا توسط البيع كان اكد في ثبوت الملك نعم في صورة
بيع القريب قريبه الذي ينعتق عليه اشكال تقدم ذكره في البيع ويتجه الحمل بصرف البيع الى الاستنقاذ
فلا تلحقه احكامه من طرف المشتري وروى عبد الله اللحام قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري
امة الرجل من اهل الشرك يتخذها قال لا بأس وكذا يجوز ابتياع ما يسبيه اهل الضلال من اهل الحرب وان كان ن
جميع ذلك او بعضه للامام ويحل الوطي وغيره بهذا الشراء والاخبار بالاذن في ذلك عن ائمة الهدى
صلوات الله عليهم متواترة وقد سبق بيان هذا في الخمس   يجوز اباحة الامة للغير بشرط كون المحلل
مالكا للرقبة جائز التصرف وكون الامة مباحة بالنسبة الى من حللت عليه فلو اباح المسلمة للكافر لم
يحل وكذا المؤمنة للمخالف ويجوز العكس الا الوثنية على المسلم والناصبة على المؤمن ولو كانت ذات بعل
او عدة لم يحل تحليلها   هذا هو القسم الثاني من قسمي النكاح بالملك وهو ملك المنفعة وذلك بتحليل المولى لي
وطي امته لغيره وفي حكمه تحليل مقدمات الوطي والمشهور بين علمائنا حل ذلك وقد تواترت به الاخبار
عن اهل البيت عليهم السلام على وجه لا سبيل الى انكاره ونقل الشيخ في المبسوط وابن ادريس قولا نادرا ذا
لبعض الاصحاب بالمنع لنا عموم قوله تعالى الا ما ملكت ايمانهم وهو يتناول ملك المنفعة كما يتناول ملك
الرقبة لا يقال لو كان هذا العموم حقا لجاز الوطي بكل طريق من طرق ملك المنفعة لانا نقول لا شك ان منفعة
البضع ليست على نهج سائر المنافع فلا بد لتملكها بحيث يترتب عليه حل الوطي من قانون مستفاد
من الشرع بالتلقي واهل البيت عليهم السلام وهم معادن العلم وحفظة الشرع وقد نهجوا لذلك نهجا فيجب
الاقتصار عليه فيكون الحجة في الآية يتناول عمومها ملك المنفعة في الجملة والسنة كافلة ببيان ذلك على

وجه

وجهه ورواية محمد بن مسلم عن احدهما ع قال سألته عن رجل يحل لاخيه فرج جاريته قال هي حلال ما احل منها
وصحيحة ابي بصير قال سألت اباعبد الله ع عن امرأة احلت لابنها فرج جاريتها قال هو له حلال قلت
أفيحل له ثمنها قال لا انما يحل له ما احلت له وصحيحة محمد بن اسمعيل بن بزيع قال سألت ابا الحسن ع عن امرأة
احلت لي جاريتها فقال ذلك لك قلت فانها كانت تمزح فقال كيف لك بما في قلبها فان علمت بانها تمزح
فلا احتج المانع بعموم قوله تع فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون وهذا خارج عن مسمى الازواج والمملوكات
فيدخل تحت العدوان وبصحيحة الحسين بن علي بن يقطين قال سألته عن رجل احل فرج جاريته قال لا احب ذلك
وبرواية عمار الساباطي عن الصادق ع في المرأة تقول لزوجها جاريتي لك قال لا يحل له فرجها حتى تبيعها او
تهب له وجوابه قد بينا شموله ملك اليمين للمتنازع فلا يدخل تحت العدوان والرواية الاولى مقطوعة ولا يدل
على المنع والثانية مع ضعف سندها لا دلالة لها على محل النزاع لان المسؤل عنه خال من صيغة التحليل
فان قيل الحجة في قوله الا ان تبيعه او تهب له قلنا لا شك انه لا يراد من ذلك الحصر مطلقا فان طرق الملك
لا تنحصر في البيع والهبة قطعا بل المراد الحصر بالاضافة الى المسؤل عنه فكانه ع قال لا بد من طريق تملك
وهو مفقود في المسؤل عنه اذا تقرر ذلك فلهذه الاباحة شروط اربعة الاول والثاني كون المحلل مالكا للرقبة
فلا اعتبار بتحليل غير المالك لتحريم مال الغير بغير اذنه وهل يقع لاغيا ام لا ينفذ مع اجازة المالك فيه وجهان
ولا يبعد ابتناؤهما على كون التحليل عقدا او اباحة فعلى الاول ينفذ معها كما في غيره من عقود الانكحة دون
الثاني لانتفاء الدليل على اعتبار الاباحة من غير المالك نعم لو كان غير المالك وكيلا له اعتبر تحليله لانه فعل
تدخله النيابة وهل يعتبر تحليل الولي مع الغبطة كما لو خاف على امة الطفل الزنا ولم يوجد راغب في نكاحها
او كان منافيا لخدمة الطفل الظاهر نعم مع احتمال المنع لانه اتلاف محض ولا بد من كون المالك جائز
التصرف ليقع تحليله معتبرا فلا اعتبار بتحليل الصبي ولا المجنون للحجر عليهما مطلقا ولا السفيه ولا المفلس
للحجر عليهما في التصرفات المتعلقة بالاموال الثالث كون الامة مباحة بالنسبة الى من حللت عليه وقد سبق
معرفة المحرمات بالنسب والرضاع والمصاهرة وغير ذلك فلا حاجة الى اعادتها وخص المص بالذكر من قد
يخفى حكمه من ذلك المسلمة فانها لا تحل على الكافر بجميع انواعه على المختار بين محققي الاصحاب وقد تقدم
جملة من الاخبار الدالة على ذلك مثل قوله ع العارفة لا توضع الا عند عارف وللاجماع المركب فان كل
من منع من تزويج المخالف منع من تحليل المؤمنة له ومن لا فلا وقد بينا المنع من تزويجه سابقا
فتثبت المنع هنا بحكم الاجماع اما العكس وهو تحليل الكافرة للمسلم والمخالفة للمؤمن فانه جائز لان هذا في
الحقيقة راجع الى ملك اليمين وهو جائز بالنسبة اليهما ولا يستثنى من الكافرة المعلنة بعداوة اهل البيت عم

فانها كافرة وقد ورد ان الناصب شر من اليهودي والنصراني وثبت من وجوب مجانبتهم والتصلب في معابد ثم
ما يمتنع معه حل الوطي ومن المحرمات ذات البعل وذات العدة قطعا فلا تحل بالتحليل ولا فرق في العدة بين
ان تكون بائنة او رجعية وهل يجوز احلالها مدة الاستبراء ينبغي ان يقال ان كان الاستبراء عن وطي
محتمل عن معلوم جاز وان عم الوطي فان جوزنا ما سوى الوطي من الاستمتاعات فاقتصر على تحليل ما سوى
حل والا فلا   والصيغة وهو لفظ التحليل مثل احللت لك وطيها او جعلتك في حل من وطيها والاقرب
لحاق الاباحة به ولو قال اذنت او سوغت او ملكت فكذلك ولا يستباح بالعارية ولا بالاجارة ولا ببيع
منفعة البضع الشرط الرابع الصيغة ولا خلاف في اعتبارها لان الفروج لا يكفي في حلها مجرد التراضي ولا اي
لفظ اتفق بل لابد من صيغة متلقاة من الشرع وقد اجمعوا على اعتبار لفظ التحليل وبه وردت النصوص
بقوله احللت لك وطي فلانة او جعلتك في حل من وطيها وكذا مقدمات الوطي كالتقبيل ولا يكفي انت
في حل من وطيها لعدم كونه صريحا في الانشاء واختلفوا في لفظ الاباحة فالاكثر ومنهم الشيخ في النهاية
واتباعه والمرتضى وابن زهرة والمص في الارشاد على انه لا يفيد الحل وقوفا مع ظاهر النصوص ومراعاة
الاحتياط فان الامر في الفروج شديد وتمسكا بالاصل فيما عداه وذهب في المبسوط وابن ادريس
ونجم الدين الى جواز لفظ الاباحة وهو مذهب المص هنا لاشتراك الاباحة والتحليل في المعنى ويجوز
اقامة كل من المترادفين مقام الآخر كما بين في الاصول لا يقال فعلى هذا يكفي لفظ العارية للاشتراك
في المعنى لانا نقول الاكثر على انه لا يكفي ورواية ابي العباس البقباق عن الصادق عم وقد سأل عن عارية
الفرج فقال حرام ثم مكث قليلا وقال لكن لا بأس بان يحل الرجل جاريته لاخيه نص في المنع والاصح
الاول ويمنع الاكتفاء بالمرادف مطلقا فان في النكاح شائبة العبادة وكثير من احكامه توقيفية والاحتيا ط
فيه من اهم المطالب ولو قال اذنت لك في وطيها او سوغته لك او ملكتك اياه فعند المص انه كالاباحة
في افادة الحل لانها بمعناها ويلزمه ان يكون لفظ الهبة كذلك لان وهبت وملكت بمعنى واحد الا ان يقا ل
ان الهبة لا تتعلق بما سوى الاعيان بخلاف التمليك فانه قد يتعلق بالمنافع كما سبق في الاجارة والاصح
المنع في الجميع اقتصارا على موضع اليقين واما بيع منفعة البضع فانه باطل قطعا لان البيع لا يتعلق
بالمنافع وكذا اجارة الامة للوطي لان منافع البضع ليست كسائر المنافع يحل باي سبب اتفق
بل حلها منوطا بالسبب المستفاد من الشرع بخصوصه ولا يجوز تعديه وليس هذا مما ورد به الشرع
ولو وكل الشريكان ثالثا او احدهما الآخر في الصيغة فلو باشرا فقال كل منهما احللت لك وطيها
صح ولو قال احللت حصتي فاشكال   ما سبق هو بيان تحليل الامة من المالك الواحد وهل يباح

تحليلها

تحليلها اذا كانت مشتركة فان وكلا ثالثا صحت منه الصيغة قطعا كما يصح معه تزويجها وكذا لو وكل احدهما
الآخر ولا يقدح كونه تصرف احدهما عن نفسه بالاصالة وعن الآخر بالوكالة لان الاعتبار بوقوع الصيغة
باللفظ المعتبر ولا اثر للسبب ولو اوقعاها معا مباشرة فان قال كل منهما احللت لك وطئها اعتبر مقصد
التحليل ببعضها صح ايضا لصدور الصيغة المعتبرة من كل منهما فان قيل لما لم يملك كل واحد منهما الا
بعضها وجب ان لا تعتبر الصيغة منه الا اذا احل حصته خاصة لامتناع تحليل ما عداها منه قلنا
المحلل انما هو الوطي وهو امر واحد لا يقبل التجزية ولا يتصور حل بعضه وانما الحل مجموع بتحليلهما اهل هما
فتحليل احدهما اياه جزء السبب فان احلاه دفعة او تقدم احدهما كل منهما معتبرا واقعا الموقع وان كان
قال احدهما او كلاهما احللت لك حصتي ففي صحة ذلك وافادته الحل اشكال ينشأ من ان تصرف كل واحد
منهما انما في حصته حتى انه اذا احل وطئها فانما ينصرف ذلك الى حصته لامتناع احلاله وطي ما سواها فاذا
صح تحليلها خاصة كان اولى بالصحة ومن ان الاحلال ليس لحصة واحد منهما بل للوطي وهو امر واحد
لا ينبعض فيه كما قدمناه وحكمه انما يكون تحليلهما اياه فلا اثر لتحليل الحصة كما ان كل منهما اذا اراد نكاحها لا يجوز
ان يقصد على نكاح حصته لان علاقة الزوجية المثمرة لاستحقاق منافع البضع انما يتعلق بمجموعها لا
الابعاض ولان استفادة حل الفرج بالعقد امر توقيفي فلا يتجاوز فيه موضع اليقين وهذا اصح
اذا تقرر ذلك فان اعتبرنا القبول في التحليل فلا بد من قبوله مرتين باعتبار تحليل كل من الشريكين
او قبول الوكيل عنه مرتين وهل هو عقد او تمليك منفعة خلاف لما كان حل الفرج منحصرا
في العقد والملك بنص القرآن كما قدمناه وكان القول بحل الامة بالتحليل هو القول المعتبر عند الا صحاب
بل هو مذهب الاصحاب وجب ان لا يكون خارجا عن الامرين والمراد بكونه عقد كونه عقد نكاح ؟
لان كونه تمليك منفعة لا ينافي كونه من جملة العقود فتعين ان يراد به كونه عقد نكاح والخلاف الذي
ذكره المص هو ما نقله ابن ادريس فانه نقل عن المرتضى في الانتصار ان تحليل المالك جاريته لغيره
عقد والتحليل والاباحة عبارة عنه ونقل عن الباقين الاكثرين كالشيخ وغيرهما من المتاخرين انه تمليك
منفعة مع بقاء الاصل واختار الثاني وكلام الشيخ في المبسوط قريب من هذا فانه لما ذكر اختلاف
الاصحاب قال ان منهم من قال انه عقد والتحليل عبارة عنه ومنهم من قال هو تمليك منفعة مع بقاء الاصل
وقواه وقال انه يجري مجرى اسكان الدار واعمارها قال ولاجل هذا يحتاج ان يكون المدة معلومة
ومقتضى هذا انه يفتقر الى تعيين المدة وقال في النهاية ويحل له منها مقدار ما يحلله مالكها
ان يوما فيوما وان شهرا فشهرا على حسب ما يريد ولم يذكر حكم الاطلاق واختار المص في المختلف الجواز

بعبد مدة فافا لما اشعر به كلام ابن ادريس والاصح انه ملك منفعة وان تعيين المدة غير شرط اما الاول
فلان الحل داير بين العقد والملك ولما امتنع الاول تعين الثاني وان قلنا ان كونه عقدا ممتنع لان العقد
منحصر في الدوام والمتعة وانتفاء الاول ظاهر لان ثبوته يستلزم توقف رفعه على الطلاق وانه يجب بالدخول
المهر ونحو ذلك مما هو معلوم الانتفاء واما انتفاء المتعة فلانها مشروطة بالمهر ولا مهر مع التحليل لان المفهوم
من الاخبار انه تمليك مخصوص لمنفعة مخصوصة شرعا فمنزلته نوع من العارية ولاشتراط في المتعة
الاجل وهو منتف هنا لما سياتي ان شاء الله تع ويزيد ذلك بيانا ان النكاح عقد لازم ولا شيء من التحليل
بلازم الا ان يدعي المرتضى لزومه وهو بعيد واذا انتفى الدوام والمتعة امتنع كونه نكاحا فتعين كونه من
قبيل الملك واما الثاني فلان كون شيء شرطا في آخر شرعا انما يكون بتعيين الشارع ولم يكن ذلك بالنقل
والاخبار الواردة في هذا الباب خالية من ذلك فالقول بالاشتراط باطل لا يقال لو لم يشترط مدة كان له الـ رجوع
متى شاء لانتفاء المقتضي للدوام ولانه يتبع منع المالك العارية اذا تقرر ذلك فعلى كل من القولين لا بد
من القبول اما اذا كان عقد نكاح فظاهر واما اذا كان تمليكا فلانه في معنى هبة المنفعة فيكون ايضا
من قبيل العقود فيعتبر فيه القبول ولان النكاح مبني على كمال الاحتياط فيراعى فيه وجود ما يقطع
بسببه   ولو اباح امته لعبده فان قلنا انه عقد او تمليك وان العبد يملك حلت والا فلا والا ولى
اولى لانه نوع اباحة والعبد اهل لها   اختلف الاصحاب القائلون بحل الامة بتحليل المولى في انه
اذا احل امته لعبده هل تحل له بالتحليل على قولين احدهما لا اختاره الشيخ في النهاية والمص في المختلف
وجماعة من العلماء لصحيحة علي بن يقطين عن ابي الحسن الماضي عليه السلام انه سئل عن المملوك ايحل له ان
يطأ الامة من غير تزويج اذا احل له مولاه قال لا يحل له ولانه نوع تمليك والعبد ليس اهلا له والثاني
واختاره ابن ادريس الحل لانه لا مانع منه من كتاب ولا سنة ولا اجماع والاصل الاباحة ولعموم قوله
تع فانكحوهن باذن اهلهن وقوله تع وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم واعترضه
المص في المختلف بوجود المانع وهو الخبر الصحيح والدلالة العقلية تبني الحكم بالحل وعدمه هنا على القو لين
في المسألة التي قبلها ولم اختار الحل معرضا عن هذا البناء وتحقيقه ان التحليل ان جعلناه عقد
نكاح حلت الامة للعبد لانه اهل للنكاح قطعا وان جعلناه تمليكا فان قلنا ان العبد يملك فكذلك
وان لم نقل بواحد من الامرين يراعى كونه نكاحا او تمليكا مع القول بان العبد يملك لم يحل له لان
الحل ح دائر مع الملك وهو منتف والمراد بالاول في قول المص والاولى اولى لانه نوع اباحة الخ
هو الحل المستفاد من قوله حلت فيكون الثاني هو ما دل عليه قوله والا فلا اعني عدم الحل ومراده ان

الاول

القول بالحل اولى من عدم بناء على ان العبد يملك وبيانه انا اذا جعلناه نكاحا فترتب الحل عليه للعبد من
غير نظر الى كونه يملك او لا يملك امر واضح واذا جعلناه تمليكا فلا يريد به الا كونه ضربا من ضروب الاباحة وا لعبد
اهل لها قلت ما ذكره المص ملخص حسن دقيق والمنع بناء على التمليك وان العبد لا يملك كلام ظاهري وتحريره
ان القدر المعقول من الملك في هذا الباب هو في معنى الاباحة والحر والعبد في ذلك سواء وبيانه ان النكا ح
يفيد ملكية منافع البضع للزوج ولهذا نحكم بوجوب مهر المثل على من تولت ارضاع الزوجة على وجه
ينفسخ به النكاح وهذا وان لم يكن ملكا محضا لان الموطوءة بالشبهة تستحق مهر المثل دون زوجها الا
ان هذا الاطلاق صحيح عندهم لا يمنع منه مانع وهذا القدر يحصل بالتحليل بل الحاصل به اضعف منه
وان خص الاول باسم النكاح والثاني باسم الملك ولما كان العبد كالحر في استفادة ملكية المنافع فوجب
ان يكون كذلك في التحليل بطريق اولى والظاهر ان المراد بالملك في هذا ونظائره الاستحقاق كما يقول
فيما اذا انذر زيد لعمرو ان يسكنه او يعطيه كذا من ماله او يطعمه او يقبضه من طعامه وشرابه استحق
عمرو ذلك وملكه ولو كان عمرو عبدا لم يتفاوت الحال في الاستحقاق والاطلاق ومثله ما لو استحق طلب انسان
الى مجلس الحكم فانه يقال ملكه ولا يختلف الحر والعبد في هذا الاطلاق وحيث لم يعقل من ملك منافع البضع
الا هذا القدر في النكاح والتحليل وعلمت ان ذلك للعبد ثابت للعبد لا محالة فالقول بمنع التحليل في حقه
لا وجه له واما الرواية فانها غير صريحة بالمنع في صورة النزاع اذ لا صراحة فيها بكون الامة ملكا للمولى لجواز
ان يكون المسؤل عنه تحليل مولى العبد الامة الغير او انه اراد التحليل بدون الصيغة الشرعية ويمكن
حمله على التقية لان العامة يمنعون التحليل مطلقا ولا يخفى انه لا فرق بين اباحة امة لعبده وعبد غيره
اذا اذن سيده ولعل المص انما لم يعمم العبارة بحيث يشمل عبد الغير لاحتياجه الى التقييد باذن السيد

ويجوز تحليل المدبرة وام الولد دون المكاتبة وان كانت مشروطة والمرهونة كما يجوز تحليل وطي المملوكة
كذا يجوز تحليل وطي المدبرة لان التدبير لا يخرج المدبر عن الملك ولا يمنع من تصرف المولى فيه لبقاء الملك
كما كان قبل التدبير وان كونه بحيث يستحق العتق بالموت لا يقتضي خلاف ذلك ومن ثم صحة عارية المدبر
وعاريته ولا ينافي شيء من ذلك بقاء التدبير بخلاف ما لو باعه او وهبه وكذا يجوز تحليل ام الولد لمثل
ما قلناه في المدبرة اما المكاتبة فلا يصح تحليلها وان كانت مملوكة لانقطاع سلطنة المولى عنها وتسلطها
على منافع نفسها ولهذا لا يجوز للمولى وطيها بحال ولا فرق بين كون الكتابة مطلقة او مشروطة وانما عطف الم
المشروطة بان الوصلية لانها الفرد الاخفى فان انقطاع السلطنة في الكتابة المطلقة اقوى وكذا لا يجوز تحليل
امة المرهونة لانه لا يجوز للراهن التصرف في الرهن لاجل حق المرتهن بوطي ولا غيره الا باذنه وعلى هذا

فاذا احلها لم تبهن حلت لانحصار الحق فيهما   ولو ملك بعضها فاباحته لم تحل ولو احل الشريك حلت على
راى   لو ملك مالك بعض المراة وبعضها الاخر اما حرا او مملوك لغيره فان كان حرا فاباحته نفسها
لم تحل له لان الحرة انما تحل بالنكاح دون الاباحة قطعا وان مملوكا للغير فاحلها الشريك ففي حلها قولان
للاصحاب احدهما واختاره الشيخ في النهاية الحل تعويلا على رواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع واختاره المص
ومنعه ابن حمزة محتجا بانه يلزم تبعض سبب البضع وقد تقدم الكلام في ذلك قبل الفصل الثاني في
مبطلاته وان الاصح عدم الحل بذلك فلا حاجة الى اعادته وينبغي التنبه لتبين ان موضع المسألة السا بقه
وموضع هذه المسألة متغايران فيخرج بذلك عن التكرار بيانه ان موضع السابقة ما اذا كان مزوجا
بامة مشتركة فاشترى نصيب احد الشريكين وموضع هذه احلال احد الشريكين الامة المشتركة
لشريكه وهي اعم من موضوع الاولى حكي جماعة ان المص رحمه الله كتب على حاشية كتاب القواعد انه راى ما   لده
سديد الدين رحمه الله بعد وفاته في النوم فبحث معه في هذه المسألة ومنع الحل فيها واحتج بان سبب
البضع لا يتبعض فاجابه والده بمنع التبعض لان حلها ليس مستندا الى حل بعضها بالملك وبعضها
بالتحليل ليلزم ذلك بل هي قبل التحليل حرام وبه يحصل حلها فلا تبعض واعترض بان للملك دخلا
ولولاه لما حللته والتحليل هو الجزء الاخير من اجزاء السبب فيتبعض السبب واحتمل شيخنا الشهيد
الحل بوجه اخر وهو ان التبعض الممنوع منه هو ما يتالف من الملك والتزويج واما ما يرجع الى الملك
وحده فلا وهو هنا كذلك لان التحليل راجع الى الملك كما حققناه فلا يمتنع ضمه الى تلك النصف كما لو ملك
مجموع الامة بشيئين مختلفين كالارث والبيع ونحوهما فان هذا التبعض غير قادح قطعا وهذا مثله ولا شك
ان ما احتمله محتمل لاخر من وجه   ولو اباح الوطي حل مقدمات الاستمتاع ولو احل المقدمات او بعضها
لم تحل الباقي   لا ريب ان اعلى مراتب الاستمتاع الوطي وما عدا ذلك من نحو لمس وتقبيل او ملاعبة
او ما جرى هذا المجرى فهو دونه ومحسوب من مقدماته لانه لا ينفك عن تقدمها عليه غالبا ولا موقع
له بدونها فاذا اباح مولى الامة وطيها حل المقدمات لمن حل له الوطي نظرا الى اقتضائه اياها غالبا ولان
تحليل الاقوى يدل على تحليل ما دونه بطريق اما لو احل المقدمات ولم يتعرض للوطي فانه لا يحل قطعا
ولا البعض الاخر لانتفاء المقتضي ولرواية الحسن بن عطية عن ابي عبد الله ع قال اذا احل الرجل
من جاريته قبلة لم يحل له غيرها وان احل له منها دون الفرج لم يحل له غيره وان احل
له الفرج حل له جميعها وفي معناها غيرها ولو كان البعض الذي احله مستلزما لبعض اخر غالبا كا   لتقبيل
المستلزم للمس بشهوة لم يبعد استفادة حل الثاني من احلال الاول   ولا تستباح الخدمة باباحة

الوطی

الوطء وبالعكس به   اما الاول فلان الخدمة منفعة لا يتناولها عقد التحليل ولا يقتضيها فيبقى على حكم
المنع منها استصحاباً بالمالك واما الثاني وهو العكس فلان حل الوطء له عقد براسه لا يحل بدونه وكذا
مقدماته فكيف يحل باباحة الخدمة   ولو وطئ من غير اذن كان زانياً ان كان عالماً وعليه العقر ان
اكرهها او جهلت والولد للمولى   ينبغي ان يكون هذا متصلاً بقوله وبالعكس ليكون ذكره سبباً لذكره ويحتمل
ان يكون حكماً مستقلاً بنفسه والاول احسن اي لو اباحه الخدمة فقد قلنا انه لا يستبيح الوطء فلو وطئ في هذه الحالة من غير اذن
يقتضيه وهو الاذن المستفادة من عقد التحليل فاما ان يكون عالما بالتحريم فهو زان لا محالة يجب حده ثم هي اما ان تكون
مطاوعة او مكرهة فان طاوعت فاما ان تكون عالمة بالتحريم او لا فان كانت مكرهة او جاهلة بالتحريم فعليه العقر لمولاها وهو العشر
ان كانت بكرا او نصفه ان كانت ثيبا لما ذكر في نظائره غير مرة ويجب مع العقر ارش البكارة ان كان لانها جناية خارجة عن عوض
الوطء وان كانت عالمة وانها كانت بالتحريم ففي وجوب العقر اشكال تقدم في كلام المصنف ذكره غير مرة وقد نقحنا في اوائل هذا
الباب وبينا انه لا مهر في مثل هذا لانها بغي نعم يجب ارش البكارة لانه جناية مستقلة وليس من المهر في شيء وهذا الحكم وهو عدم وجوب
المهر مع علمها بالتحريم ومطاوعتها مستمر مع علمه هو وجهله فحقه ان يكون قوله وعليه العقر مستقلا فيه مفصلا بكونه اعم لما الا ان يقول
والولد للمولى لا يقتضي اتصاله به فان الولد انما يكون للمولى اذا لم يكن لاحقا بالواطئ وانما يكون ذلك اذا كان عالما   ولو جهل فالولد حر
وعليه القيمة   اي لو جهل الواطئ التحريم فالولد حر وذلك لانه نسب ... عليه قيمته يوم سقوطه حيا لمولى الامة لانه نماؤه وقد فات منه
بغير اذن منه فوجب عوضه وهو قيمته لو كان رقيقا او لما فات امكان تقويمه وهو حين سقوطه حيا ... حمل الامة نقص بسبب ذلك
وجب ارشه   وولد المحللة حر ان شرط الحرية او اطلق ولا شيء على الاب على راي   للولد الحاصل بالتحليل ثلاثة احوال ان يشترط
الاب على المولى حريته في عقد التحليل وان يشترط المولى رقيته وان يطلق العقد بحيث يخلو من الامرين فان شرط الحرية فهو حر اجماعا ولا قيمة
على الاب هنا اجماعا وان اطلق العقد فللاصحاب قولان احدهما انه رق اختاره الشيخ في النهاية والمبسوط قال في النهاية متى جعله في
حل من وطئها واتت بولد كان لمولى الامة وعلى ابيه ان يشتريه بماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى في ثمنه وقال في المبسوط في خلال
استدلاله على ان التحليل نوع تمليك لا عقد ويكون الولد لاحقا بابيه ويكون الولد رقا الا ان يشترط الحرية ولو كان عقدا يعني التحليل
للحق بالحرية على كل حال والثاني انه حر ذهب اليه المرتضى وابن ادريس وجمع من المتاخرين منهم المصنف واختاره الشيخ في الخلاف وهو
الاصح لان الحرية مبنية على التغليب والسراية ولهذا يسري العتق باقل جزء يتصور ولا شبهة في ان الولد متكون من نطفة الرجل
والمراة كما نطق به القران فيغلب جانب الحرية ولرواية اسحاق بن عمار قال قلت لابي عبد الله ع الرجل يحل جاريته لاخيه قال لا باس قال قلت
فجاءت بولد قال يلحق بالحر من ابويه وحسنة زرارة قال قلت لابي جعفر ع الرجل يحل جاريته لاخيه قال لا باس قال قلت فانها
جاءت بولد قال يضم اليه ولده وترد الجارية على صاحبها قلت له انه لم ياذن في ذلك قال انه قد اذن له وهو لا يامن ان يكون ذلك
وغير ذلك من الاخبار احتج الشيخ بما رواه ضريس بن عبد الملك قال قلت لابي عبد الله ع الرجل يحل لاخيه فرج جاريته قال

فقوله حلال قلت فان جاءت بولد منه قال هو لمولى الجارية الا ان يكون اشترط على مولى الجارية حين ا حلها
ان جاءت بولد فهو حر وفي معناها رواية الحسين العطار عنه عم وجوابه ان الروايات من ذلك الجانب اكثر
واشهر بين الاصحاب واوضح طريقا فلا تصلح هذه لمعارضتها وان شرط الرقية وهي الحالة الثانية ولم
يتعرض اليها المص فعلى قوله الشيخ في النهاية والمبسوط الشرط تاكيد لمقتضى التحليل ويترتب عليه عدم
وجوب الفك على الاب ولا السعاية وعلى القول بانعقاده حرا المشهور بين الاصحاب صحة الشرط قال
شيخنا في شرح الارشاد ولا قاطع يدل عليه بل ولا حديث فلهذا توقف فيه المحقق ثم قال ويمكن الاستدلال ٥.
باشتهاره بين الاصحاب وعدم علم المخالف وعموم المسلمون عند شروطهم اوله قد بينا فيما سبق الدليل الدال
على عدم صحة هذا الشرط في النكاح وهذا بعينه ات هنا الا ان يبلغ فتوى الاصحاب هنا مبلغ الاجماع
فيكون هو الحجة اذا عرفت ذلك فقول المص بشرط الحرية او اطلق ولا شئ على الاب على راى يريد به كون
الداى في الحرية وعدم وجوب شئ على الاب مع الاطلاق فانه مع اشتراط الحرية لا خلاف في الحكمين
الفصل الرابع في بقايا مسائل متبددة انما كانت هذه المسائل متبددة لانها من ابواب شتى حاول بها تكميل
المباحث السابقة يكره وطي الفاجرة والمولودة من الزنا وان ينام بين حرتين او يطا حرة وفي البيت
غيره ولا باس بهما في الاماء لا شبهة في كراهة وطي الزانية بالعقد والملك لما فيه من العارية وخوف اختلا ط
الانساب وكذا يكره وطي المولودة من الزنا بكل من الامرين روى محمد بن مسلم عن احدهما ع عن الخبيثة
يتزوجها الرجل قال لا وان كانت له امة فان شاء وطئها ولا يتخذها ام ولد والمراد بذلك ان يعزل عنها
حذرا من حملها وكذا يكره النوم بين حرتين لما فيه من الامتهان لهما بخلاف الامتين وكذا يكره ان يطاء
الحرة وفي البيت غيره ولا باس بذلك في الامة وينبغي تقييد الغير بان يكون مميزا روى الكليني باسناده
الى الصادق ع قال قال رسول الله ص والذي نفسي بيده لو ان رجلا غشي امراته وفي البيت مستيقظ
يراهما ويسمع كلامهما ونفسهما ما افلح ابدا ان كان غلاما كان زانيا او كانت جارية كانت زانية وروى
الشيخ باسناده الى الصادق عليه السلم قال لا يجامع الرجل امراته ولا جاريته وفي البيت صبي فان ذلك مما يورث
الزنا وقول المص ولا باس بهما في الاماء يريد به النوم بين اثنتين ووطي المراة وفي البيت غيره وللسيد
استخدام الامة نهارا وعليه تسليمها الى زوجها ليلا وهل له اسكانها في بيت داره ام للزوج اخراجها ليلا
نظر اقربه الاخير اذا زوج السيد امته لم يلزمه تسليمها الى الزوج ليلا ونهارا قطعا بل يستخدمها نهارا
ويسلمها الى الزوج ليلا لان السيد يملك من امته منفعة الاستخدام ومنفعة الاستمتاع فاذا زوجها عقد على
احدى منفعتيها بقيت المنفعة الاخرى يستحق استيفاؤها في وقتها وهي النهار كما لو اجر الامة فانه يسلمها

المستاجر

للستاجر وقت الاستخدام وهو النهار فيمسكها ليلا لاستيفاء المنفعة الاخرى ولو اراد احدهما تسليمها نهارا له
للاستمتاع بدلا من الليل لم يلزم الآخر اجابته لان الليل وقت الاستراحة والاستمتاع وعليه التعويل في القسم
بين النساء اذا تقرر ذلك فلو قال السيد لا اخرجها من داري لكن افرد لكما بيتا تتخليان فيه وابى الزوج الا
اخراجها ليلا ففي تقديم اختيار السيد او الزوج نظر ينشأ من احتمال كل منهما اما السيد فلانه يستحق دوام
يده على ملكه فاذا لم يناف حق الزوج حيث يتمكن من الوصول الى حقه كان فيه الجمع بين الحقين واما الزوج
فلان له على الزوجة حق التبعية لقوله تع الرجال قوامون على النساء فتعين المكان اليه ولان الحياء والمروة
يمنعانه من دخول دار السيد ولان التسليم ليلا الى الزوج يجب ان يكون تاما لانقطاع حق السيد عنها في الليل
ولا يكون تاما الا بما قلناه ولقوة دلائل هذا الوجه على الذي قبله كان هو اقرب عند المص والاصح في الفتوى هو
ووجه ضعف ما قبله ان المانع ان يمنع ان للسيد ادامة يده على الامة ليلا لانه لما عقد على منفعة الليل
انقطعت سلطنته عنها ليلا وكذا له ان يمنع ان في ذلك جمعا بين الحقين فان حق الزوج هو التسليم التام ولا
يحصل بذلك   ولو كانت محترفة وامكنها ذلك في يد الزوج ففي وجوب تسليمها اليه نهارا اشكال اي
لو الجارية المزوجة ذات حرفة وامكنها عمل تلك الحرفة في يد الزوج ففي وجوب تسليمها اليه نهارا اشكال ينشأ
من ان المانع من تسليمها اليه نهارا هو فوات حق السيد وفي الصورة المذكورة المانع المذكور منتف فوجب
التسليم ولان لكل من السيد والزوج حقا متعلقا بها ومع التسليم على الوجه المذكور يحصل الجمع بين الحقين
فكان واجبا ومن ان حق كل منهما اختص بزمان نظرا الى ارتباطه به غالبا فحق الزوج مناطه الليل لانه
محل الاستمتاع غالبا وحق السيد مناطه النهار كذلك فلا يتعين ذلك بحدوث حالة نادرة على ان حق
السيد ليس منحصرا في الحرفة وقد يبدو له ويريد استخدامها وهذا اصح ومن هذا البيان يظهر انتفاء
الجمع بين الحقين   وللسيد ان يسافر بها وليس له منع الزوج من السفر ليصحبها ليلا اذا اراد ان يسافر
بالامة المزوجة كان ذلك ولم يكن للزوج المنع وذلك لان السيد مالك للرقبة واحدى المنفعتين وليس
للزوج الا المنفعة فكان جانبه اقوى من جانب الزوج فلو اراد الزوج والحالة هذه ان يسافر ليستمتع بها
ليلا لم يكن للسيد منعه لان ذلك حق ثابت له   وانما تجب النفقة بالتسليم ليلا ونهارا فلو سلمها ليلا فالا قرب
عدم وجوب نصف النفقة وتسقط مع سفر السيد بها   يجب بالنكاح اللازم من الحقوق المالية شيئان المهر
والنفقة فاما المهر فانه يجب كله بالعقد عند المحققين في غير المفوضة ويستقر بالدخول ولا يجب تسليم الزوج الا
مع تسليمه ولو سافر بها السيد قبل التمكين لم يكن له المطالبة بخلاف ما لو مكن منها فلم يتسلم الزوج واما النفقة
فالمذهب انها انما تجب بالتمكين التام شرعا اذا تقرر هذا فنقول قد بينا ان الامة المزوجة لا يجب على السيد

تسليمها ليلاً خاصة فان اتفق تسليمها ليلاً ونهاراً فلا كلام في وجوب جميع النفقة وان سلمها ليلاً خاصة ففي النفقة
ثلاثة اوجه وجوب جميعها لحصول التمكين التام اذ لا يراد منه الا التمكين الواجب شرعاً لان غيره غير منظور اليه
عند الشارع فكما ان المنع من الاستمتاع زمان الحيض والمرض مثلاً لا يمنع وجوب النفقة ولا شيء منها ولو مثله منع
الزوجة من التسليم قبل الدخول لقبض المهر فكذا المنع من الاستمتاع هنا نهاراً لا يسقط النفقة وفيه نظر لان المنع
في المرض والحيض انما جاء من قبل الشارع لا من الزوجة والمنع من التسليم قبل الدخول جاء من قبل الزوج لان
هذا المنع انما ترتب على منعه المهر المستحق بالنكاح بخلاف المنع لمصلحة السيد لاستيفائه المنفعة المستحقة كما
لو اجرت الحرة نفسها للعمل نهاراً مدة ثم تزوجت في خلالها فان حق المستاجر نهاراً مقدم ولا يعد ذلك عذراً
في النفقة فلا يجب وان نفسها ليلاً وهو الاقرب عند المص والاظهر في الفتوى عدم وجوب شيء منها لان مناط ط
الوجوب التسليم التام وهو منتف فينتفي الوجوب ومما ذكرناه في ضعف الوجه الاول والثالث يتبين وجه القرب
هنا التقسيط فيجب نصف النفقة في مقابل التسليم ليلاً لانه نصف الزمان عادة ويسقط النصف في
مقابل المنع نهاراً لان التسليم المقتضي للانفاق قد حصل في بعض الزمان والمنع المقتضي للسقوط قد
حصل في بعض فوجب نفقة الليل وقيل في التقسيط ان نفقة الليل على الزوج فيجب عليه العشاء وما يحتاج ح
اليه الملبس في الليل وعلى السيد الغداء وما يحتاج اليه من الملبس في النهار وفيه نظر لان التسليم التام هو التسليم
الذي ظاهره عموم الازمنة وشموله لجميع الاستمتاعات فكما ان التمكين من بعض الاستمتاعات والمنع من بعضها
لا شيء معه من النفقة ولا يكون موزعاً على الاستمتاعات فكذا التمكين في بعض الزمان مع المنع في بعض ونزيده
بياناً ان الاصل عدم استحقاق النفقة بدون التسليم لجميع الزمان ولم يثبت كون التسليم لبعض الزمان سبباً
في وجوب النفقة او شيء منها فينتفي الوجوب بانتفاء مقتضيه هذا كله اذا لم يسافر بها السيد فان سافر بها لم
يكلف الزوج السفر معها ليترتب عليه الانفاق مع التمكين فاذا تخلف سقط وجوب الانفاق قولاً واحداً
ولا يخفى ان قول المص وانما تجب النفقة بالتسليم ليلاً ونهاراً يقتضي ان لا تجب النفقة بدونه وقوله فلو سلمها ليلاً انما
يدل على سقوط النصف فهو غير مستحسن لو سلمها اليه قبل السفر ثم اراد ان يسافر بها وجب على الزوج تسليم
المهر لانه غير مشروط بدوام التسليم بخلاف النفقة ولو قتلها السيد قبل الوطي ففي سقوط المهر نظر اقربه العدم
كما لو قتلها اجنبي او قتلت الحرة نفسها لا ريب ان هلاك المنكوحة بعد الدخول لا يسقط المهر ولا شيئاً منه حرة
كانت او امة سواء هلكت بالموت او القتل لاستقراره بالدخول اما قبل الدخول فاذا قتل السيد الامة فان في
وجوب المهر وسقوطه وجهين متقابلين نشأ النظر من الالتفات اليهما احدهما السقوط لانها فرقة حصلت
قبل الدخول من مستحق المهر فكانت كالفسخ الزوجة وردتها قبل الدخول ولان تزويج السيد الامة لحكم الملك

حتى

فهي كالمعاوضة المالية فقتله اياها قبل الدخول كاتلاف البائع المبيع قبل القبض والثاني العدم لانها فرقة
حصلت بانتهاء العمر فهي كالموت قيل وهذا البناء على القول بان المقتول لو لم تقتل لمات وهي مسئلة كلامية
وعندي في هذا البناء شيء لاطلاق النص بكون الموت موجبا لاستقرار المهر الشامل للموت بالقتل وغيره
وكونه بحيث يعيش لولا القتل لا دخل له والاقرب من وجهين عند المص الثاني ووجه القرب ان المهر قد وجب
بالعقد والاصل بقاؤه ولم يثبت كونه موجبا للسقوط والنكاح ليس معاوضة محضة وكونه تزويج السيد الامة
بحكم الملك لو اوجب هنا السقوط لاوجبه فيما اذا ماتت حتف انفها قبل الوطي كما لو باعها فماتت قبل القبض
وقد بنا المص على حكم هذه بذكر مسئلتين احديهما ما اذا قتل الامة اجنبي والثانية ما اذا كانت الزوجة حرة
فقتلت نفسها ومقتضى ذلك عدم السقوط فيهما وجها واحدا والتحقيق ان الاحتمال متطرق اليهما اما قتل الا جنبي
الامة فلانه على اعتبار التزويج بحكم المالية كاتلاف المبيع قبل القبض وهنا ليس للزوج تضمينه شيئا اذ لا يجب
سوى عوض النفس بخلاف اتلاف المبيع فيلزم السقوط وان كان الحكم به هنا اضعف من الحكم به اذا قتلها السيد
فان المهر انما يسقط بالفسخ اذا حدث من المستحق له مثل قتل الاجنبي ما اذا قتلها الزوج فان قتله هنا لا
يتضمن القبض كما لو قتل العبد المستاجر واما الحرة اذا قتلت نفسها فلان مطلق النكاح فيه شائبة المعاوضة
فقتلها نفسها قبل الدخول كاتلاف البائع المبيع قبل القبض فيلزم السقوط هنا ايضا وربما فرق بين الحرة والا مه
بان الحرة كالمسلمة الى الزوج بالعقد فان له ان يمنعها من المسافرة وليست الامة كذلك لان للسيد ان يسافر
بها ومنا شيء هذا الفرق غير واضح ولو انه لزم استقرار مهر الحرة بالعقد مع عدم نشوز هاج والمذهب في المسائل بل
كلها عدم السقوط لان النكاح ليس على نهج المعاوضات ولان منافع البضع كسائر منافع الاموال وقد وجب
المهر بالعقد وثبت ان الطلاق يشطره والفسخ من قبل الزوجة ومن جرى مجراها يسقط فيقتصر على ذلك
ويحكم في باقي الاحوال باللزوم بحكم الاستصحاب ولعل المص اراد بالاجنبي والحرة ذكر نظير المسئلة اي اراد ان الحكم
بالسقوط فيهما اضعف   ولو اعتقد لشهادة اثنين لها بالحرية واولدها فعليهما ما اتلفاه عليه من مهر وقيمة
الولد لو ترد بها وفي تضمينهما ما زاد عن مهر المثل اشكال   اي اذا اعتقد على الامة لشهادة اثنين بكونها حرة
ثم تبين رقها وقد دخل بها واولدها فلا شك في تضمينهما ما اتلفاه عليه بشهادتهما وذلك هو المهر وقيمة
الولد لانه غراه بشهادتهما فدخل على ان الولد له بغير ضمان شيء بجنان النكاح صحيح فلما ظهر الخلاف وتبين
تزويرهما كان له الرجوع عليهما لان المغرور يرجع على من غره وقد تقدم في كلام المص في اول باب نكاح
الاماء ان الواجب على العاقد هو المسمى ولا ريب انه قد يزيد على مهر المثل وقد ينقص عنه فان لم يزد فلا شبهة
في الرجوع بما غرمه وان زاد فلا شبهة ايضا في الرجوع بقدر مهر المثل واما الزائد فان في الرجوع به اشكالا

بنآء من انهما غراه فی ذلک بشهادتهما لها بالحریة اذ لولاهما لما اصدقها ذلک القدر والمغرور یرجع علی من غره
ومن ان اصداقها الزیادة انما کان باختیاره فان شهادتهما بالحریة لا توجب اصداق الزاید علی مهر امثالها فکان
الزوج متفضلا باتلاف الزاید حیث انه متبرع ببذله اذ لیس فی مقابله شیء باعتقاده ومثله ما لو شهدا بمال لزید
فاشتراه آخر بزاید عن قیمته السوقیة ثم تبین تزویرهما وتعذر استرجاع الثمن فان فی تغریم الشاهدین
الزاید علی القیمة الاشکال ولقائل ان یقول ان ارید بالتغریر الموجب لاستحقاق الرجوع ما یکون سببا فی
العزم فی الجملة فمعلوم ان الشهادة بالحریة هی الباعث علی العقد ولها دخل فی کل مهر یذکر فی العقد فیجب الحکم
باستحقاق الرجوع به کائنا ما کان وان ارید به ما یلزم عن الشهادة فمعلوم ان النکاح لیس لازما عن الشهادة
وانما هو مستند الی اختیار الزوج والشهادة بالحریة من جملة البواعث والحکم یتضمن الزام لا وجه اذا عرفت ذلک
فهنا مباحث اطلق المص فی العبارة الشاهدین ولم یصرح بکونهما عدلین ومقتضی الاطلاق ان له الرجوع
علیهما بما ذکره لشهادتهما وان لم یکونا عدلین وکذا اطلق فی المختلف وان کان کلامه الذی ذکره آخر التحقیقا
یقتضی عدالتهما الا ان اشتراط العدالة فی استحقاق الرجوع علیه فی صور التدلیس ممنوع ومع عدم اشتراط
هما العدالة فکذا عدم اشتراط التعدد ظاهر العبارة انهما انما اتلفا بشهادتهما المهر وقیمة الولد فلا یرجع علیهما بما سوی
ویمکن ان یقال ان النفقة من هذا القبیل ایضا لانه انما بذلها بناء علی وجوبها بالزوجیة بناء علی الحریة وقد ظهر
العدم ینبغی ان یراد بمهر المثل الذی یرجع به جزما هو مهر مثلها علی تقدیر کونها حرة لان ذلک هو اللایق
بها لو کانت حرة فهو مقتضی الغرر لا محالة فالزاید علیه هنا مناط الاشکال ولیس المراد به مهر مثلها امة
قطعا وهو ظاهر ولا یشترط فی التعیین تعیین المدة علی رای قد ذکرنا فیما سبق ان هذا الرای هو ما
ح علیه اکثر الاصحاب وان القول باشتراط التعیین للشیخ فی المبسوط ویجیء علی قول من یری ان التحلیل نکاح
منقطع الاشتراط ایضا والاصح العدم وقد تقدم البحث فی ذلک واذا اشتری جاریة موطوءة حرم علیه
وطؤها قبلا الا بعد الاستبراء ویجب علی البایع ایضا استبراؤها ویکفی عن استبراء المشتری وتصدیق
المشتری مع عدالته علی رای لا ریب انه اذا اشتری جاریة قد علم کونها موطوءة یحرم استبراؤها ما لم
تسقط لعتق ولا غیره اذا کان الوطء من البایع وکذا اذا کان من غیره الا ان یکون وطئا لا یوجب العدة کوطء
الزوج فی النکاح الدایم والمنقطع فان فیه العدة لا محالة ویفهم من قول المص حرم علیه وطؤها قبلا جواز
الوطء دبرا هنا وهو غیر واضح فان الذی یجوز الاستمتاع به فی الامة المملوکة بالبیع انما وجب استبراؤها
هو ما عدا الوطء علی ما سبق فلو اقتصر علی قوله حرم علیه وطؤها کان اولی وقد بینا ان الاستبراء لا یکفی
مطلقا بل فی غیر المزوجة ولعل اطلاقه اعتمادا علی ما سبق منه وهو ان المزوجة اذا طلقت بعد الدخول

اعتدت وان فسخ السيد اعتدت وان فسخ نكاحها استبرئت ولا شك انه كما يجب على المشتري الاستبراء كذا يجب
على البايع الاستبراء من وطئه خاصة لقوله الصادق عم في رواية عمار الاستبراء على الذي يريد ان يبيع الجارية
واجب ان كان يطاها ومفهوم الشرط حجة فاذا فعل كفى ذلك عن استبراء المشتري اذا علم به ولو اخبره فهل
يكفي في السقوط اخباره فيه قولان تقدما اصحهما انه يكفي اذا كان البايع عدلا ولو اشتراها حاملا كره له وطيها
قبلا قبل الوضع او مضي اربعة اشهر وعشرة ايام ان جهل حال الحمل لاصالة عدم اذن المولى بالوطي وان
علم اباحته اما بعقد او تحليل حرم حتى تضع وان علم كونه عن زنا فلا باس اذا اشترى امة حاملا
فلا يخ اما ان يكون الحمل زنا او عن وطي صحيح بنكاح شرعي اي ملك او يكون مجهول الحال وينبغي ان يكون الوطي
بشبهة كالنكاح الصحيح وبه صرح في المختلف فان كان الحمل عن زنا جاز وطيها عند المص مطلقا لان الزنا لا
حرمة له وان كان مجهول الحال بحيث لا يعلم فالحمل وعدمه جاز الوطي عنده ايضا لكن يكره اذا لم يمض للحمل اربعة
وعشرة ايام اما الجواز فلانه في قوة الزنا اذ الحمل انما يكون باذن المولى والاصل عدمه قبل المدة المذكورة
فقد احتج لها المص في المختلف بما رواه رفاعة بن موسى النخاس عن ابي الحسن عم قلت ان كانت حاملا
فما لي منها قال لك منها ما دون الفرج حتى يبلغ حملها اربعة اشهر وعشرة ايام فلا باس بنكاحها في الفرج
ولا دلالة فيها على المدعى بعينه واصالة عدم اذن المولى في الوطي معارض باصالة الصحة في فعل المسلم وبان
امكان الحل كاف في وجوب الاجتناب ولعموم قوله عم في المسبيات الا لا توطا الحبالى حتى يضعن فمن ثم كان
التحريم اقوى وهو اختيار شيخنا الشهيد وبعض المتاخرين وان كان الحمل عن وطي بسبب محرم حرم الى
حتى تضع عند المص وجماعة لعموم قوله تع واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولما رواه
واطلق الشيخان حل فطي الامة الحامل بعد واكتفى المفيد باربعة اشهر ولم يقيد الحامل بشيء وصرح ابو الصلاح
بالتحريم قبل اربعة اشهر واطلق الحامل وذهب ابن ادريس الى كراهة الوطي قبلا سواء كان قبل الاربعة
او بعدها محتجا بالاصل وبعموم قوله تع او ما ملكت ايمانكم ولو تقايلا البيع وجب الاستبراء مع القبض
لا بدونه اذا تقايل المتبايعان فقد انتقل الملك عن المشتري الى البايع فان كان المشتري قد قبض الامة
وجب الاستبراء لانا قد اسلفنا ان جميع اسباب نقل الملك مثل البيع في وجوب الاستبراء وبينا ان البيع انما
يوجب مع احتمال الوطي لا بدونه لانتفاء المقتضي ومن هذا يعلم ان القبض للمشتري لا يوثر في وجوب
الاستبراء الا اذا كان الوطي معه ممكنا واذا طلق المجعول عتقها مهرا قبل الدخول رجع بنصفها رقا
لمولاها يستسعى فيه فان ابت كان لها يوم وله يوم في الخدمة ويجوز شراؤها من سهم الرقاب والاقرب نفوذ
العتق والرجوع بنصف القيمة وقت العقد كما لو اعتقت الام قبل الدخول هذه من جملة احكام ما اذا اعتق

فمتى حصل القبض للمشتري وجب ص
بعد التقايل عن البائع الاستبراء والا فلا

امته وتزوجها وجعل العتق صداقها ففي من تتمة ما سبق وتحقيقها انه اذا جعل عتق الامة مهرها بالصيغة
المعتبرة على ما سبق صح كما حققناه فاذا طلقها قبل الدخول وجب ان يعود اليه نصف المهر وقد جعل المهر
عتقها فقضيته ان يرجع نصفها رقا لمولاها ذهب الى ذلك الشيخ وابن حمزة احتجاجا بما رواه يونس ابن يعقوب
عن الصادق عم في رجل اعتق امة له وجعل عتقها صداقها ثم طلقها قبل ان يدخل بها قال يستسعيها في
نصف قيمتها فان ابت كان لها يوم في الخدمة قال وان كان لها ولد ادى عنها نصف قيمتها وعتقت وقريب
منها رواية ابى بصير عن الصادق عم ورواية عباد بن كثير البصري عنه عم وعلى هذا فيجزي شراء نصفها من سهم
الرقاب لانه رقيق وذهب ابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس الى نفوذ العتق ويرجع المولى عليها بنصف
قيمتها واختاره المص في المختلف وقربه هنا وهو الاصح لنا ان العتق صح بالاصداق كما صح النكاح ولهذا
لو اصدقها رقيقا فاعتقته قبل الدخول ثم طلقها فان العتق ينفذ ويجب عليها قيمة النصف وحقيقة العتق
فك الملك وزواله وعوده بعد زواله ممتنع لوجود المقتضي وانتفاء المانع قال المص في المختلف ونعم ما قال هو
وكلام الشيخ انما يتم لو قلنا ان المراة لا تملك جميع المهر بالعقد بل تملك نصفه والنصف الاخر بالدخول وروى
عبد الله بن سنان عن الصادق عم قال قلت له رجل اعتق مملوكته وجعل عتقها صداقها ثم طلقها قال مضى
عتقها وترد على السيد نصف قيمتها تستسعى فيه ولا عدة عليها والجواب عن الاخبار المتقدمة الطعن في سندها
قال المص في المختلف يونس بن يعقوب كان فطحيا قيل وقد رجع ورواية ابى بصير مرسلة وعباد عامى
وهنا كلامان بناء على الاصح الواجب للسيد عليها هو قيمة النصف وفي العبارة نصف القيمة وكذا في الرواية
وفيه تسامح لان التشقيص قد ينقص به القيمة والواجب هو قيمته على تقدير التشقيص لان القيمة لا بد له
انما تعتبر القيمة وقت العقد لانه وقت ملك المهر ووقت دخوله في ضمان الزوجة والطلاق يقتضي عود
نصف المعقود الى الزوج واعلم ان في رواية عبد الله بن سنان انها تسعى في قيمة النصف وهو مشكل
لانه دين يجب ان يكون كسائر الديون يجب الانظار به مع الاعسار ولم يصرح المص بذلك في العبارة
بل اقتصر على ذكر الرجوع وهو الانسب بالحال ومالك كل من الزوجين صاحبه يوجب فسخ العقد
فان كان المالك الرجل استباح بالملك وان كانت المراة حرمت عليه فان ارادت اعتقته او باعته ثم جددت
العقد قد سبق في اول الباب ان ملك اى الزوجين كان صاحبه يقتضي فسخ العقد وانما اعاده هنا
ليبين ان ملك اليمين الزوج للزوجة لا يرفع اصل الحل لان النكاح وان ارتفع الا انها مملوكة فتحل بملك
اليمين فالحل موجود والسبب مختلف بخلاف الزوجة اذا ملكت الزوج فان كلا منهما حرام على الاخر لان
الحل بملك اليمين من جانب الرجل لا من جانب المراة قطعا فان ارادت المملوك ورغبت في نكاحه اعتقته

ثم جددت النكاح او باعته لغيرهما ثم نكحته باذن المولى بعقد مستانف   ولا يجوز العقد على المكاتبة الا باذن
مولاها وان كانت مطلقة سياتى انشاء الله تع ان المكاتبة لا تخرج عن ملك مولاها بمجرد الكتابة بل اذا
كان مال الكتابة فى محل نجم يصير حرة لكنها بالكتابة ينقطع عنها سلطنة المولى فى الاكتسابات المحضة كالبيع
والشراء دون غيرها كالنكاح فلا يصح منها بدون اذن المولى سواء كانت الكتابة مشروطة او مطلقة
وسواء ادت بعض مال الكتابة وان كان اكثره او لم تؤد شيئا لبقاء الرق فيما بقى منه وكما لا تستقل هى
بالعقد كذا لا يستقل به المولى هذا حكم نكاح الغير لها اما المولى فلا يتصور نكاحه اياها بحال لامتناع
اجتماع العقد والملك ووطؤها بملك اليمين ممتنع لانقطاع سلطنته عنها بالكتابة   ولو علق المولى عتق
جاريته بموت زوجها قيل بطل وقيل يصح فتعتد عدة الحرة ولا ميراث والاقرب ثبوته مع تعدد الورثة
هنا بحثان اذا علق المولى عتق جاريته بموت زوجها ففى صحة ذلك على انه تدبير قولان تردد هنا
لان العتق يقبل التاخير وقد جاز تعليقه بموت المولى فجاز تعليقه بموت غيره ممن له علاقة مثل الزوجية
ولرواية محمد بن حكيم قال سالت ابا الحسن موسى بن جعفر عم عن رجل زوج امته من رجل آخر قال لها اذا
مات الزوج فهى حرة فمات الزوج فقال عم اذا مات الزوج فهى حرة تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ولا
ميراث لها منه لانها انما صارت حرة بموت الزوج والثانى واختاره ابن ادريس العدم لان التدبير
تعليق عتق المملوك بموت سيده دون غيره لانه بمنزلة الوصية ولولا ذلك لم يصح فاذا علق بموت غير السيد
خرج عن مقتضاه فوجب الحكم بفساده لان الاصل فى العتق المعلق الفساد الا ما اخرجه الدليل
ولقائل ان يقول ان هذا مما اخرجه الدليل لان هذه الرواية المعتضدة بعمل كبراء الاصحاب لا تقصر
عن ان يكون دليلا ويؤيدها صحيحة يعقوب بن شعيب عن الصادق عم الدالة على جواز تعليق العتق
بموت من جعلت له خدمة المملوك واذا ثبت ذلك لم يخرج التدبير بهذا التعليق عن مقتضاه فلا يكون
فاسدا فيتفرع   يتفرع على القول بالصحة مسئلتان احدهما حكم العدة والثانية حكم الميراث اما العدة
من وفاة زوجها فانها عدة الحرة اربعة اشهر وعشرة ايام لان حريتها تتحقق حين موت الزوج فلم
يتعلق بها حكم الاعتداد الا وهى حرة وللتصريح به فى الرواية السابقة وانما يتحقق صحة هذا التفريع
اذا قلنا ان الامة تعتد من وفاة شهرين وخمسة ايام ولو ساوينا بينها وبين الحرة فى العدة كان ذلك
ساقطا واما الميراث فقد نفاه المص فى اول كلامه وهو الذى وردت به الرواية ثم قرب ثبوته مع تعدد
الورثة ووجه القرب ما سيلحق فى الميراث انشاء الله تع ان المملوك اذا اعتق على ميراث قبل القسمة شارك
ان ساوى فى الدرجة واختص ان كان اولى وهذا ثابت مع تعدد الورثة فى محل النزاع فان العتق

قولان للاصحاب احدهما [illegible] ... مال التملك [illegible]

يحصل بالموت والقسمة انما تكون بعده ويحتمل المنع لاطلاق عدم الارث في الرواية وفيه نظر لانه لا دلالة فيه
على كون ذلك مع تعدد الورثة ولو سلم فهذا الفرد خارج بنص آخر ولا يخفى ان قول المص وقيل يصح
فتعتد عدة الحرة ولا ميراث يريد به تفرع كل من الامرين على القول بالصحة لمكان الفاء وقد عرفت
امتناع كل منهما على القول بالفساد فان قيل احد الامرين الذين فرعهما المص على الصحة عدم الارث
وهو ثابت مع القول بالفساد قلنا المتفرع هو احتمال الارث وعدمه وذلك منتف على القول بالفساد
لامتناع الارث مع الرق فان قيل المتكون في كلام المص نفي الارث لا الاحتمال قلت يتحصل ذلك من قوله
والاقرب او ان المتفرع بمجموع الحاصل من عبارته وهو الارث مع التعدد وعدمه مع عدمه ولو ملك
المكاتب زوجة سيده ففي الانفساخ نظر اي في انفساخ نكاح السيد ومنشأ النظر من احتمال كونه ما لكا
بالاستقلال ومن احتمال كون الملك في الحقيقة للسيد فيما بعد ملكا للمكاتب ظاهرا فعلى الاول يبقى النكاح
وعلى الثاني ينفسخ وجه الاول ان الكتابة تقتضي انقطاع سلطنة السيد عن المكاتب واستقلاله
بالمعاوضات وجواز معاملة السيد اياه وتضمينه له واللازم استقلاله بالملك لا يمتنع ذلك والملازمة ظاهرة
لا يقال يجوز ان يكون الملك لهما لانا نقول استحالة كون مجموع الشيء الواحد ملكا لكل واحد من الشخصين
دفعة امر واضح على انه لو كان ملكا للسيد لما استقل فيه بالتصرف بالاكتساب ولا امتنع معاملة السيد
اياه وتضمينه له ووجه الثاني ان الكتابة لا تقتضي الحرية في الحال فيكون رقا الى زمان اداء مال الكتابة
اذ لا واسطة بينهما وح فيكون ما يملكه ملكا للمولى لانه اذا كان مالكا لرقبته فلكيته لما يملكه بطريق اولى
ولمانع ان يمنع الاولوية وان يمنع لزوم ملك السيد لما يملكه المكاتب حيث انه باق على الرق لثبوت
انقطاع سلطنته عنه بالنص والاجماع ومعهما فلا مانع من استقلاله بالملك والحكم بجواز المعاملة يدل
على ثبوته قطعا في الاصح عدم انفساخ النكاح وفيه مقاصد الاول العيب والتدليس وفيه فصول
هذا هو الباب الاخر من ابواب كتاب النكاح وهو متضمن للبحث عن احكام العيب والتدليس وعن
احكام المهر وعن احكام القسم والشقاق وعن احكام الولادة والحاق الاولاد والحضانة وعن احكام
النفقات وهذه هي توابع النكاح التي هي عنوان الباب واكثرها متعلقة بالنكاح الدائم وقد شاركه
المنقطع في بعضها كما في احكام العيب والتدليس وبعض احكام المهر والولادة والحضانة والحاق الاولاد
اما النكاح بملك اليمين فلا تعلق لشيء من ذلك به لانه من توابع الملك ووجوب النفقة على المملوكة وان ذكر
فهو استطرادي لا تعلق له بالنكاح الاول في اصناف العيب وينظمها قسمان الاول المشتركة وهي الجنون
وهو اختلال العقل ولا اعتبار بالسهو السريع زواله ولا الاغماء المستند الى غلبة المرة بل المستقر الذي

الى قوله فانه كالجنون ولا فرق بين الجنون المطبق وغيره الكلام في ثبوت فسخ النكاح لكل من الرجل والمراة
بوجود شيء من العيوب التي سياتي تعيينها وهي اربعة في الرجل وسبعة في المراة ويتنظمها قسمان ما يشترك
فيه كل منهما وما يختص كل واحد بخصوصه الاول المشترك وهو واحد هو الجنون والمراد به اختلال العقل
وفساده باي وجه اتفق فان الجنون فنون ولا اعتبار بعروض السهو اذا كان زواله سريعا وكذا الاغماء
العارض لمرض كغلبة المرة وان طالت مدته اما اذا صار مستقرا بحيث لا يكون مستندا الى المرض فبزواله
لا يبقى زوال العقل فانه ح يوجب الخيار ولا فرق في ايجاب الجنون باقسامه الخيار بين ان يكون مطبقا مستوعبا
للزمان او غير مطبق فيكون ادوار الوجب للجنون على كل من التقديرين والاصل في كون الجنون عيبا يقتضي
الخيار من الجانبين الاخبار المستفيضة عن اهل البيت عليهم السلم بان النكاح يرد من الجنون واجماع الاصحاب
واطباق اكثر اهل الاسلام سوى ابي حنيفة وهنا امور في قوله وهي الجنون تسامح لان الضمير للعيوب
المشتركة والجنون امر واحد فلا يتطابقان وكانه اراد ان كل عيب في نظر الشارع مشترك بين المراة
والرجل منحصر في الجنون قوله فانه كالجنون ايضا لا يخ من تسامح لان الاغماء اذا صار مستقرا يعد من
اقسام الجنون فلا معنى لتشبيهه المرة بكسر الميم قال في الصحاح هي احدى الطبايع الاربع وقال في الجمهرة
وهي احد امشاج البدن ولكل من الزوجين فسخ النكاح بجنون صاحبه مع سبقه على العقد وان
تجدد بعده سقط خيار الرجل دون المراة سواء حصل الوطي او لا قد سبق كون الجنون من العيوب
المشتركة في الجملة والفرض هنا تنقيح ذلك وجملة القول فيه ان جنون احد الزوجين اما ان يكون موجودا
قبل العقد فلا كلام في ثبوت الخيار لكل منهما وغير ظاهر كلام ابن حمزة ان الجنون لا يثبت الخيار في الرجل
او المراة الا اذا كان بحيث لا يعقل معه اوقات الصلوات ووجهه غير ظاهر مع ان اكثر الاصحاب على خلافه
وان تجدد بعد العقد ففي ثبوت الخيار به اقوال احدها الثبوت اذا كان بحيث لا يعقل معه اوقات الصلوات
سواء الرجل والمراة اختاره الشيخ في المبسوط والخلاف وابن البراج في المهذب والثاني الثبوت في الرجل
خاصة اذا كان لا يعقل معه اوقات الصلوات اما المراة فانه لا خيار بتجدد جنونها اختاره ابن ادريس
والثالث الثبوت في الرجل مطلقا سواء عقل مع جنونه اوقات الصلاة ام لا دون المراة فلا يثبت بتجدد
جنونها خيارها مطلقا اختاره المص في المختلف وغيره وهو الاصح لنا على الثبوت في الرجل مطلقا وجود
المقتضي وهو الجنون الثابت بالنص كونه عيبا فلا يتقيد بعدم التعقل وان الضرر اللازم على المراة بالجنون
موجود على التقديرين وما رواه علي ابن ابي حمزة قال سئل ابو ابراهيم ع عن امراة يكون لها زوج قد اصيب
في عقله من بعد ما تزوجها او عرض له جنون قال لها ان تنزع نفسها منه اذا شاءت وترك الاستفصال

دليل العموم ولنا على عدم الثبوت في المرأة وجوب التمسك بلزوم العقد فان استصحاب الحال حجة ولم يثبت كون
ذلك موجبا للخيار واكثر الاصحاب على خلافه والاصل في جانبهم وجوب القول بنفيه ولان الضرر اللازم بمثل
ذلك في الرجل منتف في المرأة لان للرجل طريقا الى التخلص منها بالطلاق فلم يكن المقتضي للفسخ موجودا
فان قيل هذا منقوض بما اذا كان ذلك الجنون قبل العقد قلنا قد خرج هذا بالنص والاجماع فيبقى ما عداه
على اصل اللزوم ومحصل الخلاف يرجع الى شيئين احدهما اشتراط ثبوت الخيار في تجدد جنون الرجل باستغراقه
لاوقات الصلوات والثاني ثبوت الخيار له بتجدد جنون المرأة احتج المخالف على الاول باشتهار هذا الحكم
بين الاصحاب والتصريح بكونه مرويا وبان الضرر لا يكاد يتحقق بدونه فانه اذا كان يعقل اوقات الصلوات
فهو كغيره من العقلاء وضعف ذلك ظاهر وعلى الثاني بعموم قول الصادق ع في صحيحة الحلبي انما يرد النكاح
من البرص والجذام والجنون والعفل وذلك شامل لما قبل العقد وبعده والجواب منع الشمول فان هذا ليس
من الفاظ العموم وثبوت الرد في الجملة نقول بموجبه في غير المتجدد اما المتجدد فلا دليل عليه انا لو قررنا ذلك فهنا
امور مقتضى قول المص مع سبقه على العقد اشتراط تقدم وجوده على صدور العقد فالحاصل في زمان
العقد لا ينفسخ به وفيه نظر لان كلا منهما يثبت به الفسخ وانما النزاع في المتجدد بعد العقد ويمكن دفع
الايراد بان السابق على العقد صادق على الحادث قبل آخره بان يشتد لان العقد انما يصدق على مجموع الايجاب
والقبول وما دام لم يحصل الجزء الاخير لم يتحقق العقد وفي قول المص سقط خيار الرجل تسامح فانه لم يثبت
فسقط الظاهر ان المتجدد بعد الدخول كالمتجدد قبله للاشتراك في المقتضي ولشمول لفظ الرواية له وبه
صرح في المختلف وحكاه عن ابن الجنيد واطلاق كلام الشيخ في النهاية يشمله لا يحتاج المرأة في فسخ النكاح
بتجدد جنون الرجل الى طلاق كسائر العيوب ولولا ذلك لم يكن شيئا مستفادا في ثبوت الفسخ وقال الشيخ
في النهاية انها اذا اختارت فراقه كان على وليه ان يطلقها وتابعه على ذلك جمع من الاصحاب ومنعه ابن
ادريس والمص وغيرهما   الثاني المختص اما الرجل فثلثة الجب والخصاء والعنة اما الجب فشرطه الاستيعاب
فلو بقي معه ما يمكن الوطء ولو قدر الحشفة فلا خيار ولو استوعب ثبت الخيار مع سبقه على العقد او
على الوطء وفي الفسخ بالمتجدد اشكال فان اثبتناه فقد فصله منها فالاقرب عدم الفسخ   القسم الثاني من
القسمين ما يختص كل واحد من الرجل والمرأة فاما الذي يختص الرجل فثلثة الجب والخصاء مكسورا
اوله او ممدودا والعنة اما الجب فانما يثبت به الخيار اذا كان مستوعبا للذكر ويتحقق استيعابه اذا لم
يبق منه قدر الحشفة فان بقي قدرها فلا خيار لامكان الوطء ح ولا شبهة في ثبوت الفسخ بهذا العيب اذا
كان سابقا على العقد للنص والاجماع وان حدث بعد العقد فقد صرح الشيخ في المبسوط بثبوت الخيار

بو الطلاق

به واطلاق كلامه يقتضي عدم الفرق بين الحدوث قبل الوطي وبعده وهو اختيار ابن البراج وصرح في موضع
آخر منه بالعدم واختاره في الخلاف وهو اختيار ابن ادريس والمص في التحرير وذهب هنا الى ثبوت الخيار
لمتجدد قبل الدخول وتوقف في المتجدد بعده وهو ظاهر اختياره في المختلف فتحصل في المسئلة ثلثة اقوال
يفرق في الثالث بين الدخول وعدمه احتج الشيخ في المبسوط على الاول بعموم الاخبار والاجماع وتنقيحه
ان النصوص الدالة على الخيار بالجب مطلقة فتشمل الحادث مطلقا وحجة على الثاني في التمسك بلزوم العقد
بحكم الاستصحاب وثبوت الخيار يحتاج الى دليل وهو منتف واما الثالث فالحجة على الثبوت بالتجدد قبل
الدخول مع ما تقدم ان العنة يثبت بها الفسخ قبل الدخول ففي الجب اولى لان العنة يمكن زوالها بخلاف الجب
فان الياس من زوالها ثابت لحصول الوطي معه ممتنع فكان ادخل في سببية الفسخ ومنشأ الاشكال
في المتجدد بعد الدخول الالتفات الى عموم الاخبار ومشاركة ما بعد الدخول لما قبله في المقتضي للفسخ وهو
لزوم الضرر العظيم بالياس من الاستمتاع على مر الزمان والى ان النكاح عقد لازم ولم يثبت شرعا ما يدل
على ثبوت الخيار هنا والالحاق بالعنة انما هو فيما قبل الدخول اذ لا خيار بها بعده على ما سياتي ولزوم الضرر
هنا منقوض بلزومه في كل مرض يمنع الوطي اذا ييئس من برئه ومعارض بضرر الرجل بثبوت الخيار
والضرر لا يزال بالضرر وقد يترجح هذا الوجه بما رواه غياث الضبي عن ابي عبد الله ع قال في العنين
اذا علم انه عنين لا ياتي النساء فرق بينهما واذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما والرجل لا يرد من عيب
فان عموم عدم رد الرجل بالعيب يتناول محل النزاع ولا يخرج منه الا ما اخرجه دليل وبما رواه اسحق بن عمار
عن جعفر عن ابيه عليهم ان عليا ع كان يقول اذا تزوج الرجل امرأة فوقع عليها مرة ثم اعرض عنها
فليس لها الخيار لتصبر فقد ابتليت وليس لامهات الاولاد ولا الاماء ما لم يمسها من الدهر مرة واحدة حله
خيار ولا يخفى ان قوله ع ثم اعرض عنها مشعر بان ترك الوطي كان باختياره لا لمانع اذ لا موقع للامر
عرض فلا دلالة فيه على محل النزاع لكن قوله ع لتصبر فقد ابتليت يشعر بعروض المانع اذ لا موقع للامر
بالصبر وذكر الابتلاء على ذلك التقدير وكيف كان فالقول بعدم الفسخ لا يخ من وجه ويتفرع على القول
بثبوت الفسخ هنا ما لو صدر جب الزوج من الزوجة ففي ثبوت الفسخ لها وجهان اقربهما عند المص
عدمه ووجه القرب ان فعلها ذلك يتضمن رضاها به والرضا بالعيب مانع من ثبوت الخيار ولان
الضرر اللازم عليها بذلك سقط اعتباره لانها السبب فيه ولان اتلافها ما به منفعة الوطي جار مجرى
اتلاف المشتري المبيع فانه يعد قبضا والثاني الثبوت لوجود المقتضي للفسخ وانتفاء المانع اذ ليس الا
صدوره منها وهو غير صالح للمانعية فان المانع من الخيار هو الرضاء بالنكاح مع العيب لا الرضا بالعيب

وهو منتف هنا ولا مانع ان يمنع كون هذا الاتلاف جاريا مجرى اتلاف المشتري المبيع وانما هو جار
مجرى اتلاف العين المستاجرة في الاجارة كما قرره المص غير ظاهر وينبغي ان يعلم ان احتمال عدم
خيارها هنا انما يجي على تقدير صدور الفعل منها مع قصدها اليه فلو وقع خطاء او بعد عمدها
خطاء كما لو كانت صغيرة او مجنونة لم يتجه هذا الاحتمال   واما الخصاء فهو سل الانثيين وفي
معناه الوجاء فتفسخ به المراة مع سبقه العقد وفي المتجدد بعده قول قد عرفت انه من عيوب الرجل الخصاء
وهو سل الانثيين وكيفيته مشهورة وفي معناه الوجاء بكسر اوله والمد وهو رض الخصيتين او كي عروقهما هما
بحيث تبطل قوتهما ويوجد في كلام بعض المحققين الخصي هو الذي مسلول الخصيتين او موجوءهما والقول
بكونه عيبا هو المشهور بين الاصحاب وقد دلت عليه الاخبار مثل موثقة بكير بن اعين عن احدهما ع
في خصي دلس نفسه لامراة مسلمة فتزوجها قال يفرق بينهما ان شاءت ويوجع راسه الحديث وفي
معناها صحيحة ابن مسكان وغيرهما لانه في معنى العنة من حيث فوات مقصود العقد به وهو النا سل
وقيل انه ليس بعيب لبقاء آلة الجماع وقدرته عليه ويقال انه اقدر عليه لانه لا ينزل ولا يعتبر فتور وهي
مردود بالنص وبان جهة كونه عيبا غير منحصرة في ذلك لان فوات التناسل بجهة يقتضي كونه عيبا
وكذا الوقع العارية اذا تقرر ذلك فاعلم ان الخصاء يوجب الخيار اذا قارن العقد فان حدث بعده ففي
حكمه الاقوال الثلثة التي سبقت في الجب والقول بالتفصيل قريب ويأتي مثل التفريع السابق والتوجيه وا علم
ايضا ان قول المص وفي معناه الوجاء يريد انهما متقاربان في المعنى فيكون اشتراكهما في الحكم لاشتراكهما
في المقتضي وعلى ما ذكره بعضهم من ان الخصي هو مسلولهما او موجوءهما فالامر ظاهر   واما العنة فهي
مرض يعجز معه عن الايلاج ويضعف عن الانتشار وهو سبب تسلط المراة على الفسخ بشرط عدم
سبق الوطي وعجزه عن وطيها ووطي غيرها فلو وطيها ولو مرة واحدة او عن عنها دون غيرها او عن قبلها
لا دبرها فلا خيار العنين كسكين من لا ياتي النساء عجزا ولا يريدهن وعنن عن امراته وعنن واعنن بضمهن
حكم القاضي عليه بذلك او منع عنها بالسحر والاسم العنة بالضم ذكره في القاموس ومقصود البحث ان العنة
من جملة عيوب الرجل التي تسلط المراة على فسخ نكاحه بالنص المستفيض والاجماع من علماء الاسلام
الا ابا حنيفة وحقيقة العنة انها مرض يعجز الرجل عن الايلاج لان الذكر يضعف عن الانتشار وقال المص
في التحرير العنين مرض تضعف معه القوة عن نشر العضو بحيث يعجز معه عن الايلاج وهو عن لي
اعرض والعنن الاعراض لان الذكر يعرض اذا اراد الايلاج هذا كلامه وقال قوم انه مشتق من العنن
وهو الاعتراض لان الذكر يعرض اذا اراد ايلاجه وقيل انه يعن عن قبل المراة عن يمينه وشماله فلا

يقصده

بقصده وقبل عنه ذلك فمتى تحققت العنة سلطت المراة على الفسخ بشرط ان لا يسبق على عروض العنة وطوه
اياها في هذا النكاح فان سبق ذلك لم يكن لها فسخ لما سبق في رواية غياث الضبي واذا وقع عليها وقعة واحدة
لم يفرق بينهما ولا عبرة بوقوعه عليها في نكاح آخر لاستقلال كل منهما بحكم ينفرد به عن الآخر وكذا يشترط في
تحقق سبب الفسخ عجزه عن وطيها ووطي غيرها فلو عجز عن وطيها وقدر على وطي غيرها فليس بعنين لامتناع
تحقق العنة بدون العجز عنها مطلقا وكذا لو عجز عن وطيها قبلا وامكنه الوطي دبرا فلا خيار لها اصلا ويثبت
الخيار لو سبق العقد او تجدد بعده بشرط عدم الوطي لها ولغيرها هذا تنقيح لما سبق ومحصله انه حيث
علم ان العنة مرض يوجب الخيار قطعا فلا بد ان يعلم ان محل ثبوت الخيار به ماذا وتحقيقه انه اذا كان ذلك
ثابتا في وقت ثبت لها الخيار قطعا وان تجدد بعده قبل الوطي فالذي من عبارة الشيخ في المبسوط عدم ثبوت
الخيار به فانه قال العيب الحادث بالزوج بعد العقد وكل العيوب تحدث به الا العنة فانه لا يكون بخلافه ثم
يصير عنينا في نكاح واحد وعندنا لا يرد الرجل من عيب يحدث به الا الجنون الذي لا يعقل معه اوقات
الصلوات واكثر الاصحاب على انه يثبت به الخيار وهو المذهب والحجة تناول النصوص اياه ومثل رواية محمد
بن مسلم عن ابي جعفر ع قال العنين يتربص به سنة ثم ان شاءت امراته تزوجت وان شاءت اقامت و
غيرها من الروايات وان تجدد بعد الوطي فقضية كلام المص انها لا خيار لها وللاصحاب في ذلك قولان
احدهما عدم الفسخ وهو مختار الشيخ واكثر الاصحاب استنادا الى رواية غياث الضبي ورواية اسحق بن عمار
السالفتين ولان النكاح قد ثبت ولزم والخيار على خلاف الاصل والثاني واختاره المفيد ان لها الفسخ
للاشتراك في الضرر الحاصل باليأس من الوطي ولرواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع قال العنين يتربص
به سنة ثم ان شاءت تزوجت وان شاءت اقامت ورواية ابي الصباح الكناني قال سالت ابا عبد الله ع عن
امراة ابتلي زوجها فلا يقدر على الجماع ابدا اتفارقه قال نعم ان شاءت ورواية ابي البختري عن جعفر عن ابيه ع
ان عليا ع كان يقول يوخر العنين من يوم ترافعه امراته فان خلص اليها والا فرق بينهما فان رضيت
ان تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها والمص في المختلف ذكر ما يقتضي ترجيح
قول الشيخ ثم قال ان قول المفيد لا يخ من قوة الى ان قال فنحن في ذلك من المتوقفين والاصح قول الشيخ واعلم
ان قول المص بشرط عدم الوطي يحتمل ان يريد به ان ثبوت الخيار بالعنة قبل العقد وبعده مشروط بذلك
فيكون التقدير ويثبت الخيار بالعنة قبل العقد وبعده بشرط انه لا يطاها ولا يطا غيرها ويحتمل ان يريد
ان ثبوت الخيار بالمتجدد بعد العقد مشروط بذلك والتقدير يثبت الخيار بالمتجدد بعد العقد بشرط
ان لا يكون قد وطيها ولا غيرها وعلى هذا فاشتراط عدم وطيها واضح لان العنة المتجددة بعد الدخول لا توجب

الخيار عند الاكثر لكن اشتراط عدم وطي غيرها هنا غير ظاهر فان عموم النصوص بثبوت الخيار يتناول هذا الفرد
اعني تجدد العنة بعد العقد وقد وطي غيرها خاصة وليس ثم ما يقتضي اخراجه فالقول به لا يساعد عليه
دليل ولعل المصنف لا يريد الا المعنى الاول ولو بان خنثى فان امكن الوطي فلا خيار على راي والا ثبت
اي لو بان الرفيع خنثى لانه المحدث عنه وفي التحرير قال انه لو بان الرفيع اي الزوج خنثى وهي اي الزوجة لا لاحد منهما
بتصوير فيه ذلك واعلم ان ظهور كونه خنثى يقع على حالات ان يكون مشكلا ان يحكم بالذكورة او الانوثة
بعلامة مظنونة كسبق البول من احد الفرجين ان يحكم بذلك بعلامة مقطوع بها كاللولادة فاما الحالة الاولى
فان فرضها مشكل لان النكاح لا ينعقد بين الرجل والخنثى لامكان كونه رجلا ولا بينه وبين الانثى لامكان
ان يكون امراة لان صحة النكاح مشروطة بوقوع العقد بين ذكر وانثى وعدم تحقق يقتضي عدم تحقق
الشروط ولو لم يتبين كونه خنثى مشكلا الا بعد العقد حكمنا بكون النكاح غير معلوم الثبوت ولا يضر توهم
ثبوته حين وقوعه للجهل بالحال ولا ريب ان الحكم بثبوت الخيار وعدمه فرع صحته نعم للشيخ قول في الميراث
ان الخنثى المشكل لو كان زوجا او زوجة اعطي نصف النصيبين ومقتضى هذا صحة نكاحه فيجي على قوله
احتمال ثبوت الخيار وعدمه والعدم قوي لانتفاء المقتضي ولا شبهة في ضعف ما ذهب اليه الشيخ واما الحالة
الثانية والثالثة فان نكاحه صحيح يصح فيهما فاذا لم يعلم حين حالة العقد ثم تبين بعده ففي ثبوت الخيار قولان
للشيخ في المبسوط احدهما الثبوت لحصول نفرة الطبع بذلك ولانه مما يعير به في العادة ويحتمل ذلك غير عظم
ما دام استتره في وضوحه الا الى العلامة المظنونة كان ضرر النفرة والعار اشد والثاني العدم استصحابا
للزوم وبثبوت الخيار على خلاف الاصل فيتوقف على الدليل وهو منتف وثبوته بمجرد النفرة والعار في موضع
المنع مع بعده فان زيادة ذلك العضو بمنزلة زيادة سلعة وثقبة وهما لا يوجبان الخيار قطعا وهذا
اصح واعلم ان قول المصنف فان امكن الوطي تقييد للحكم في المسالة فانه مع عدم امكان الوطي لذلك العضو او
لشدة صغره في اصل خلقته بحيث لا يساوي قدر الحشفة من مستوي الخلقة يجب الحكم بثبوت الخيار
لا محالة لكن هذا الخيار ليس منشاؤه كونه خنثى بل الامر الزائد على ذلك وهو العنة او ما جرى مجراها
والبحث انما هو في خصوص كونه خنثى فالمناسب ترك هذا القيد لان حكمه معلوم مما سبق ولا يرد الرجل
بعيب سوى ذلك لان هذه العيوب هي التي ورد بها النص وصرح بها جملة الاصحاب واما ما عداها فلا
دليل على ثبوت الخيار به ولا مخالف فيه الا النادر من الاصحاب فان اللائح من كلام ابن البراج في المهذب
اشتراك الرجل والمراة في كون كل من الجنون والجذام والبرص والعمى موجبا للخيار في النكاح وكذا ابن
الجنيد والمذهب خلافه تمسكا بظاهر قوله عم والرجل لا يرد من عيب فانه حجة فيما لم يخرجه دليل ولا دليل

على كون

على كونه المذكورة عيبًا في الرجل وقول الصادق ع في صحيحة الحلبي انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون
والعفل لا دلالة فيه على حكم الرجل فان عمومه معارض بعموم والرجل لا يرد من عيب واعلم ان العنن ليس عيبًا
فلا يرد به واحد من الرجل والمرأة اجماعًا   واما المرأة فالمختص بها سبعة الجذام والبرص والقرن والافضاء
والعمى والعرج والرتق   هذا الاختصاص جار على خلاف المختار في المذهب وقد قيل انها ترد بغير ذلك
وسيأتي تحقيقه ان شاء الله تع   اما الجذام فهو مرض يظهر معه تناثر اللحم ويبس الاعضاء ولابد وان يكون
بينًا فان قوي الاحتراق او تعجر الوجه او استدارت العين ولم يعلم كونه منه لم يوجب فسخًا   الجذام علة صعبة
يحمر منها العضو ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر نعوذ بالله منه واكثر ما يكون ذلك في الوجه ويتصور في كل عضو
فمتى ظهرت هذه العلة وبانت بحيث لا يخفى على احد فلا شك في ثبوت الخيار ولو وجدت علاماتها كقوة احتراق ق
العضو واسوداده وتعجر الوجه واستدارة العين على وجه لا يقطع بالعلة لم يثبت ولو علم وجود العلة والحالة
هذه اما بتصادقهما او بشهادة طبيبين عدلين ثبت لا محالة وبدون ذلك فعلى المنكر اليمين لعموم قوله واليمين
على من انكر ولو ردت والحالة هذه ثبت باليمين المردودة كما تثبت بالبينة والاقرار   واما البرص فهو
البياض الظاهر على صفحة البدن لغلبة البلغم ولا اعتبار بالبهق ولا بالمشتبه به   البرص علة معروفة
نعوذ بالله منها وهي بياض يظهر في البدن منشأه غلبة البلغم وهو غير البهق وقد فرق الاطباء بينهما بان
البرص يكون براقًا املس غائصًا في الجلد واللحم ويكون الشعر النابت فيه ابيض وعلامته انزل من جلد سائر البدن
وان غرزت فيه الابرة لم يخرج منه الدم بل رطوبة بيضاء والبهق بخلافه وفي الاكثر يكون مستدير الشكل والقول
فيه كما سبق في الجذام فمتى وجد بالمرأة ما يقطع بكونه برصًا لا يخفى على احد حاله ثبت الخيار ومتى وجد
بياض وامكن كونه برصًا وغيره لم يثبت الا بتصادقهما او بشهادة طبيبين عدلين لان المقتضي لثبوت
الفسخ هو حصول البرص ومع احتمال غيره فالمقتضي منتف والنصوص الواردة بثبوت الجذام والبرص
كثيرة مثل صحيحة داود بن سرحان وصحيحة الحلبي عن الصادق ع ورواية محمد بن مسلم عن الباقر ع
واجماع الاصحاب واطباق اكثر علماء الاسلام على ذلك من الامور المعلومة   واما القرن فقيل انه عظم ينبت
في الرحم يمنع الوطي وقيل انه لحم ينبت في الرحم يسمى العفل فان منع الوطي اوجب الفسخ والا فلا   من عيوب
المرأة القرن وفي اكثر الاخبار العفل والرتق ولم يذكر القرن وفي رواية عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال ع
قلت في الرجل اذا تزوج المرأة فوجد بها قرنًا وهو العفل الحديث فذكر القرن وفسره بالعفل وهكذا فعل
ابن الاثير في النهاية قال القرن بسكون الراء شي يكون في فرج المرأة كالسن يمنع من الوطي ويقال له العفلة
وقريب منه كلام صاحب الصحاح الا انه قال في موضع آخر العفل شي يخرج من قبل النساء وحياء الناقة

شبيه بالادرة التي للرجال والمرأة عفلا ومثل ذلك قوله في القاموس وقال بن دريد في الجمهرة ان القرناء هي المرأة
التي تخرج قرنة رحمها قال والاسم القرن ضبطها محركة وفي العفل قال انه غلظ في الرحم وقد اختلف كلام الفقهاء
في تفسيره والدائر على السنتهم فتح الراء وعلى السنة اهل اللغة تسكينها فقال الشيخ في المبسوط انه عظم في الفرج
يمنع ثم قال وقال اهل الخبرة العظم لا يكون في الفرج لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم في الفرج وهو الذي
يسمى العفل يكون كالرتق سواء ومثل ذلك قال المص في التحرير لكنه قال فيه والرتق لحم ينبت في الفرج يمنع
من دخول الذكر قال والالفاظ الثلثة مترادفة وهذا الخلاف وان كان دائرا بين الفقهاء اياه لا من حيث
خصوص الوضع لان ذلك وظيفة اللغوي وحق الفقيه ان يتسلمه منه بل لان عيوب النساء تزيد وتنقص
باعتبار القولين فان كون عيوب المرأة سبعة فقط المانسية على احدهما خاصة ولا يخفى ان الترادف الذي
ذكره في التحرير بين الالفاظ الثلثة يحصل باعتباره قول ثالث في الرتق على ما يأتي في كلامه هنا معنى آخر
اذا عرفت ذلك فاعلم ان المص هنا وفي التحرير لم يصرح بترجيح واحد من القولين مما لا يكاد يستغني عنه
وهو الانسب لما بينا من ان ذلك ليس وظيفة الفقيه ثم تعرضه الى القولين مما لا يكاد يستغني عنه
لما قلناه من اختلاف عدد العيوب باعتبارهما وكيف قلنا فلا خلاف في كون كل من القرن والعفل عيبا
الا ان كونه عيبا مشروط بمنع الوطي فلو لم يمنع لم يكن له خيار سواء كان لصغر آلته جدا او لكون المانع
قليلا اما اذا منع فظاهر لفوات غرض الاستمتاع واما مع العدم فلانه كسلعة زائدة في غير المحل لو لم
يستوعب المانع المحل لكان منع الرتق الوطي اما لكبر آلته او لكون الباقي من المحل ضيقا جدا لا يقبل الا الآلة
الصغيرة جدا فالاطلاق النصوص وكلام الفقهاء يقتضي كونه يوجب الخيار واما الافضاء فهو ذهاب الحاجز
بين مخرج البول والحيض لا خلاف في ان الافضاء عيب وقد روى الشيخ عن ابي عبيدة عن ابي جعفر عليه السلام
في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها قال فقال فاذا دلست نفسها والبرصاء
والمجنونة والمفضاة وما كان بها من زمانة ظاهرة فانها ترد على اهلها من غير طلاق الحديث وهو نص
في الباب وما ذكره المص في تفسير الافضاء هو احد تفسيريه وتفسيره الآخر انه ذهاب الحاجز بين مخرج
البول والغائط وانما اقتصر المص على هذا التفسير اكتفاء بما ذكره في موضع آخر وكونه عيبا لا يختلف على كل
منهما بل على التفسير الآخر اولى لبعدها عن الانتفاع بها في الوطي وح واما العمى فالاظهر من المذهب انه
موجب للخيار ولا اعتبار بالعور والعمش وقلة النظر لبياض وغيره والعمى يوجب الفسخ وان كانت العين
مفتوحتين الظاهر من مذهب الاصحاب ان العمى عيب في المرأة ترد به نص عليه الشيخ في النهاية واكثر
الاصحاب كالمفيد والمرتضى وابن الجنيد وابن البراج وابي الصلاح وسلار وابن ادريس وابن حمزة

وظاهر كلام

وظاهر كلام الشيخ في المبسوط والخلاف انه ليس بعيب فانه عد عيوب المرأة ستة ثم قال وفي اصحابنا من الحق به
العمى وكونها محدودة في الزنا وربما يلوح ذلك من كلام الصدوق في المقنع حيث جعل رواية والمذهب هو الاول
لصحيحة داود بن سرحان عن الصادق ع في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء او برصاء او عرجاء قال
ترد على وليها الحديث وفي معناه ما رواه ابن بابويه في الفقيه عن الباقر ع قال ترد العمياء والبرصاء والجذماء
والعرجاء والمراد ردها في النكاح كما فهمه الاصحاب حجة المانع صحيحة الحلبي عن الصادق ع قال انما يرد النكاح
من البرص والجذام والجنون والعفل وكلمة انما للحصر والجواب روايتنا اخص والخاص مقدم على ان لنا
ترجيحا بوجه آخر وهو ان الدلالة من جانبنا منطوق اتفاقا ومن جانب المانع محل اختلاف والمتفق عليه
ارجح لو فرض التعارض اذا تقرر ذلك فاعلم ان العمى بجميع انواعه موجب للخيار لانه معلق به ودائر معه فمتى
صدق العمى يثبت الخيار سواء كانت العين صحيحة او لا وسواء كانت مفتوحة او لا ولو كانت عوراء فلا خيار
للاصل ولرواية الحلبي عن ابي عبد الله ع انه قال في رجل يتزوج الى قوم فاذا امرأته عوراء ولم يبينوا له قال
لا ترد الحديث وكذا العمش وقلة النظر لبياض وغيره وكلما جرى هذا المجرى بطريق اولى واما العرج فان
بلغ الاقعاد فالاقرب تسلط الزوج على الفسخ به والا فلا وظاهر المذهب ايضا ان العرج ايضا عيب ترد
به المرأة صرح بذلك الشيخ في النهاية والمفيد واكثر الاصحاب ولم يذكر كونه عيبا في المبسوط والخلاف وكذا
ابن البراج في المهذب وعد ابن ادريس عيوب المرأة سبعة ثم قال والحق اصحابنا عيبا ثامنا وهو العرج البين
ذهب اليه شيخنا في نهايته ولم يذهب اليه في مسائل خلافه وجعله ابن بابويه في المقنع رواية والمختار الاول
للروايتين السابقتين وحجة المانع صحيحة الحلبي والجواب ما تقدم لكن بقي شيء وهو ان جمعا من الاصحاب اطلقوا
كون العرج عيبا كالمفيد في المقنعة وكذا بعض الاخبار وقيده جماعة بما اذا كان بينا منهم ابن ادريس والمص
في التحرير وفصل هنا فحكم بالفسخ اذا بلغ الاقعاد لا بدونه وكذا المحقق ابن سعيد والظاهر ان المراد به
وبالعرج البين واحد وهو ان يكون فاحشا جدا بحيث لا يستطيع معه التردد في العادة الا بالمشقة
الكثيرة فلا ترد بالعرج اليسير وهو الذي لا يكون كذلك وهذا هو المختار لان في صحيحة داود بن سرحان
السابقة وان كان بها زمانة لا يراها الرجال اجيزت شهادة النساء عليها فان ظاهرها ان الرد منوط بالزمانة
فان مفهوم الشرط معتبر عند جمع من المحققين وكذا في رواية ابي عبيدة السابقة مع ان المطلق يجب حمله
على المقيد والاقتصار في المخالف للاصل على موضع اليقين اقرب للاحتياط ملاحظة عبارة الكتاب فانه
المص حيث قسم العرج الى ما بلغ الاقعاد والزمانة والى غيره وقرب التسلط على الفسخ في الاول ونفاه عن
الثاني فاقتضى كلامه ان في البالغ حد الاقعاد وجهين او قولين واشعر بنفيهما عن غيره وقد عرفت

ان في الاصحاب من اطلق كون العرج عيبًا ومنهم من يلوح من كلامه كونه ليس بعيب ومنهم من فصّل وقسم الى
قسمين فجعل احدهما عيبًا وهو البالغ الى الاقعاد دون الآخر فلم يكن مورد الوجهين والقولين هو القسم
الاول ولو انه قال واما العرج فالاقرب انه ان بلغ الاقعاد تسلّط الزوج به على الفسخ والا فلا لكان اولى
واما الرتق فهو ان يكون الفرج ملتحمًا ليس فيه مدخل للذكر ويوجب الخيار مع منع الوطي ولم يمكن ازالته
او امكن وامتنعت وليس له اجبارها على ازالته تنقيح هذا البحث بامور قال في الصحاح الرتق بالتحريك
امتنعت مصدر قولك امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع منها وقريب
منها قوله في القاموس فسر المص هنا الرتق بانه التحام الفرج وهو المفهوم من كلام صاحب الصحاح وهو
المناسب للمعنى المشتق منه وقد حكينا قول المص في التحرير ان الرتق لحم ينبت في الفرج يمنع دخول الذكر وحكمه
بمنافاته للقرن والعفل وكانه اخذه مما حكاه الشيخ في المبسوط عن اهل الخبرة في تفسير القرن الى ان قال
وهو الذي يسمى العفل يكون كالرتق سواء وهذا المعنى مشارك للاول في منع مقصود النكاح وهو الاستمتاع
الا ان الاول الصق بمادة رتق لا خلاف بين الاصحاب في ان الرتق عيب يوجب الخيار ويدل عليه مع الا جماع
فوات فائدة النكاح فيجري مجرى تعذر استيفاء المنفعة في الاجارة بعيب ونحوه على انه ان كان الرتق
مرادفًا للقرن كان ثبوت الخيار فيه مورد النص لا شبهة في ان الخيار انما يثبت بالرتق اذا كان مانعًا
من الوطي صرح بذلك المحققون ووجهه بقاء مقصود النكاح مع عدم المنع فلو ارتتق المحل وبقي منه ما يمكن
معه الوطي فلا خيار وان كان لصغر الآلة بخلاف العلم وانما يحكم بثبوت الخيار اذا لم يمكن ازالة المانع عادة
او امكن بفتق الموضع ولكنها امتنعت من الازالة اما لو رضيت بها فلا خيار له بحال اجماعًا ولان الحكم انما تعلق
بعلة زال بزوالها ولو اراد الزوج الازالة مع امتناعها لم يكن له اجبارها لان ذلك ليس حقًا له ولما في الاقدام
على الجراحة من تحمل الضرر والمشقة كما انها لو ارادت هي ذلك لم يكن له المنع لانه تداو لا تعلق له به ولا يخفى ان رضا ها
بالازالة وحده لا يكفي في سقوط الخيار بل لا بد من حصولها فلو مكنت من الازالة ولم تحصل على الفور عادة
فالخيار بحاله ثم تتنبه في العبارة لشيئين انه عرف الرتق بكون الفرج ملتحمًا على وجه ليس فيه مدخل للذكر وعبا رة
الكتاب في المبسوط خالية من هذا القيد وهو الصواب لان الرتق اعم من ذلك فان قيل اراد به ما يكون عيبًا
في النكاح والعيب هو هذا دون الاعم قلنا فقوله بعد ذلك ويوجب الخيار مع منع الوطي مستدرك قوله
ولم يمكن ازالته او امكن وامتنعت يجب ان يكون في حيز مع ليكون شرطًا ثانيا للخيار مضافًا الى منعه
الوطي لكن تركيبه غير حسن لان المعطوف جملة والمعطوف عليه مفرد اللهم الا ان تؤول الجملة بمفرد وهو عدم
امكان الازالة ونحو ذلك وقوله او امكن على حد قول الشاعر ولا ارض ابقل ابقالها ولا ترد المرأة بعيب

عيب في

عن ذلك وقيل المحدودة في الزنا ترد وقيل بل يرجع على وليها العالم بحالها بالمهر ولا فسخ لما انحصر عيوب
المراة فيما ذكره المص بحكم الدليل ظهر وجه قوله ولا ترد المراة بعيب غير ذلك وقد وقع الخلاف في مواضع منها
ما اذا زنت المراة قبل دخول الزوج فان الصدوق ذهب الى انها ترد بذلك ولا صداق لها لقوله على ع
في المراة اذا زنت قبل ان يدخل بها يفرق بينهما ولا صداق لها لان الحدث كان من قبلها فان قطب الدين ره
الكيدري ذهب الى العيب وقال الشيخ في المبسوط فيه قولان واطلاق العبارة يتناوله ما اذا كان مشكلا
وفيه نظر لان المشكل لا يصح نكاحه وعلى كل تقدير فليس ذلك من جملة العيوب على المختار ومنها المحدودة
في الزنا وللاصحاب في حكمها ثلثة اقوال ان ذلك عيب ترد به ذهب اليه المفيد وسلار وابن البراج وابو الصلاح ح
والكيدري لان ذلك من الامور الفاحشة التي يكرهها الازواج ونفور النفس منه اقوى من نفورها من نحو
العمى والعرج ولزوم العار العظيم به يقتضي كونه تحمل ضررا عظيما ولما رواه عبد الرحمن ابن ابي عبد الله عن الصادق
ع قال سألته عن رجل تزوج امراة فعلم بعد ما تزوجها انها قد كانت زنت قال ان شاء زوجها اخذ الصداق ق
ممن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها وان شاء تركها الحديث انه ليس بعيب يوجب الرد بل ه
للزوج الرجوع بالمهر على وليها العالم بحالها وليس له فراقها الا بالطلاق ذهب الى ذلك الشيخ في النهاية وابن
ادريس احتجاجا بالرواية السابقة فان فيها قال وترد المراة من العفل والبرص والجذام والجنون واما ما
سوى ذلك فلا قال الشيخ في توجيه هذا لا ينافي ما قدمناه من انه ليس له الرد بمجرد الفسق لانه قال اذا علم انها كانت نت
قد زنت كان له الرجوع على وليها بالصداق ولم يقل ان له ردها والممتنع ان يكون له استرجاع الصداق
وان لم يكن له رد العقد لان احد الحكمين منفصل عن الآخر قال المص في المختلف في ايجاب المهر على الولي مع
كونه عيبا اشكال ينشأ من ان التضمين انما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج فان كان عيبا وجب
الفسخ والا لم يجب المهر اقول الاشكال في موضعه وهنا نظر من وجه آخر وهو ان محل النزاع هي المحدودة
في الزنا والرواية لا تدل عليه نعم هي مناسبة لقول الشيخ في النهاية فانه سوى بين من تجدد علم الزوج
بزناها ومن علم كونها قد حدت في الزنا حيث لم يوجب الرد لواحد منهما واوجب الرجوع على الولي بالمهر
وفي دلالتها الاشكال السابق انه ليس بعيب ولا رجوع بالمهر ذهب الى ذلك المص وجمع من المتاخرين ره
وهو الاصح لنا على الحكم الاول التمسك باصالة لزوم النكاح وبصحيحة الحلبي عن الصادق ع قال انما يرد النكاح ح
من البرص والجذام والجنون والعفل خرج ما اخرجه الدليل فيبقى الباقي على حكم العموم وبرواية رفاعة
بن موسى عن الصادق ع قال سألته عن المحدودة المحدودة هل ترد من النكاح قال لا وعلى الحكم الثاني
ان المهر وجب بالعقد فاذا كان النكاح لازما ولم يكن المذكور عيبا فالرجوع بالمهر خلاف مقتضى النكاح فا ن

قبلها فالطلاق يوجب نصف المسمى بعد العلم
الرد بذلك ومنها ما اذا ظهر كون المراة

مقتضاه كون المهر على البضع دون الوطي ويمكن حمل الرواية على ما اذا اشترط الزوج عفيفة فظهر الخلاف فانه يرجع
بالصداق اذا فسخ بدليل قوله وان شاء تركها اى بغير فسخ فلا رجوع   وذهب ابن الجنيد الى ان الزنا يرد به
النكاح في الرجل والمراة قبل العقد وبعده وقد عرفت ضعف التمسك وان الاصح العدم الفصل الثاني في احكام
العيوب خيار الفسخ على الفور فلو سكت صاحبه عالما مختارا ابطل خياره وكذا خيار التدليس وليس الفسخ
طلاقا فلا يعد في الثلث ولا يطرد معه تنصيف المهر ولا يفتقر الفسخ الى الحاكم وفي العنة يفتقر اليه لا في الفسخ
بل في ضرب الاجل ويستقل المراة بعده عليه هذا الخيار على الفور عندنا وكذا الخيار في التدليس فلو اخر من اليه
الفسخ عالما مختارا ابطل خياره لفوات الفورية سواء الرجل والمراة ولو جهل ثبوت الخيار فاصح الوجهين
بقاء الخيار ويبطل بالتاخير لانه يشعر بالرضا كما سبق في تجدد العتق ولو منع من الاختيار اما بالقبض
على فيه او هدد بتهديد يعد مثله اكراها فالخيار بحاله لان الاكراه عذر بالنص والاجماع ثم ان هذا الفسخ
لا يعد طلاقا قطعا فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق ولا يعد في الثلث فلا يحرم الا بالطلقات ثلث عنده ولا يطرد
معه تنصيف المهر حيث يكون متى حصل ثبت كما في الطلاق وانما عبر بقوله ولا يطرد دون ان يقول ولا
يتنصف لانتقاضه بالعنة فانها مع الفسخ بها يستحق نصف المهر على ما سياتي ان شاء الله تع وعلى ما عبر
به فالمنفي هو اطراده وذلك لا ينافي الثبوت في بعض الصور ولا يفتقر هذا الفسخ الى الحاكم لانه حق ثبت فلا
يتوقف استيفاؤه على كونه بحضور الحاكم او باذنه كسائر الحقوق خلافا لبعض العامة وابن الجنيد منا وكلام
الشيخ في موضع من المبسوط اشعر بتردده وفي موضع آخر قبله جوز الاستقلال بالفسخ محتجا بان
الاخبار في هذا الباب مطلقة واستثنوا من هذا الحكم العنة فان الفسخ بها يتوقف على الحاكم اجماعا لا لاجل
الفسخ بل لانه لا بد من ضرب الاجل على ما سياتي ان شاء الله تع ولا يكون ذلك الا بحكم الحاكم اجماعا كالحجر
بالفلس وبالسفه عند قوم فاذا ضرب الاجل ومضت المدة استقلت المراة بالفسخ حينئذ وقول المص ويستقل
المراة بعده عليه الضمير الاول فيه يعود الى الاجل والثاني الى الفسخ وكانه ضمن كلمة يستقل معنى يتسلط
فعداه بكلمة على اى ويستقل مسلطة بعد الاجل على الفسخ من غير توقف على الحاكم   ولا الفسخ الرجل
بالمتجدد بالمراة بعد الوطي وفي المتخلل بينه وبين العقد اشكال اقربه التمسك بمقتضى العقد   للعيب
الخاصل بالمراة حالات ثلث   ان يكون موجودا قبل العقد ولا شبهة في ثبوت الخيار به فانه لما كان حا   صلا
في زمان العقد منع وقوعه على وجه اللزوم   ان يتجدد بعد الوطي وقد جزم المص بعدم الخيار به هنا وفي
التحرير واطلاق كلام الشيخ في المبسوط والخلاف بثبوت الخيار بالعيب الحادث ولم يكن حال العقد به
محتجا بعموم الاخبار يتناول الحادث بعد الدخول بوجوب المسمى يؤكد ذلك والاصح عدم الرد به لتاكيد النكاح

بالعيوب

بالدخول الجاري مجرى القبض في البيع مع انه قد سبق لزوم النكاح وثبوته فتجدد الخيار يتوقف على الدليل
وقد روى عبد الرحمن ابن ابي عبد الله عم قال المرأة ترد من اربعة اشياء من البرص والجذام والجنون والقرن
وهو العفل ما لم يقع عليها فاذا وقع عليها فلا وجه للاستدلال بها لانها دالة على رد المرأة بالعيب الا ان يكون قد
وقع عليها وذلك عام في الوقوع بعد العيب وقبله وقد دل الدليل على ان الوقوع قبل العلم بالعيب لا يسقط الخيار
فيخص به هذا العموم ويبقى الباقي على حكمه ان يتجدد بعد العقد وقبل الوطي وللاصحاب فيه قولان احدهما الثبوت
ذهب اليه الشيخ في المبسوط والخلاف تمسكا بعموم الاخبار الدالة على الرد بهذه العيوب فانها شاملة للموجود
قبل العقد والمتجدد بعده كرواية عبد الرحمن ابن ابي عبد الله عم السالفة وغيرها والثاني العدم واختاره
ابن ادريس وكلام ابن حمزة يشعر به واليه ذهب المص في المختلف وقربه هنا وفي التحرير واختاره جماعة المتا خ ن
وهو الاصح لنا ان العقد قد وقع لازما فيجب التمسك بمقتضاه عملا بالاستصحاب وامر النكاح مبني على كمال
الاحتياط فلا تسلط على فسخه بكل سبب مع ان اكثر الاصحاب مطبقون على انتفاء الخيار واما الاخبار فانه
ظاهرها وان اقتضى ثبوت الخيار الا انها غير صريحة في ذلك مع ان صحيحة ابي عبيدة عن ابي جعفر عليه السلم
قد تضمنت الحكم برد العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة والتي بها زمانة اذا دلست نفسها انما يكون التدليس ليس
مع وجود العيب قبل العقد ومفهوم ذلك يقتضي عدم الرد مع انتفاء التقدم ومفهوم الشرط حجة عنده
المحققين اذا عرفت ذلك فارجع الى عبارة الكتاب واعلم ان منشأ الاشكال ما ذكرناه من دليلي القولين ووجه
القرب ما ذكرناه في ترجيح الثاني ولا يمنع الوطي من الفسخ بالسابق على العقد مع الجهل فيجب المهر ويرجع
به على المدلس ان كان والا فلا رجوع ولو كانت هي المدلسة رجع عليها الا بما يمكن ان يكون مهرا قد علم فيما سبق
ان العيب في النكاح قد يكون في الرجل وقد يكون في المرأة فان كان في المرأة فقد تقرر انها انما ترد اذا كان
العيب سابقا على العقد فح فاما ان يعلم به الزوج قبل العقد او بعده قبل الوطي او بعده واذا تجدد علمه
به فاما ان يطأ في هذه الحالة او لا فان علم قبل العقد فلا خيار له على ما سيأتي ان شاء الله تع وان تجدد علمه بعده
ثبت له الخيار بشرط ان لا يقدم على الوطي بعد العلم فان فعل فلا على الرضا ولرواية عبد الرحمن ابن عبد الله
السالفة ولان ذلك ربما افضى الى التراخي في الاختيار والخيار فوري اما اذا كان جاهلا بالحال اما من جهة جهله
بالعيب او جهله بثبوت الخيار فانه لا يسقط بالوطي على تردد في الثاني وقد وردت الاخبار بان لها المهر
اذا فسخ ويرجع به على المدلس وانما يكون ذلك بعد الوطي كما لا يخفى وهل يجري التقبيل وغيره من الاستمتاعات
مجرى الوطي فيه اشكال ينشأ من دلالته على الميل الدال على الرضا ومن اصالة البقاء والتوقف في هذه الدلالة
ولا ريب ان هذا انما يكون مع عدم منافاة التراخي كما لو اكره مكرها على عدم الاختيار في هذا المجلس او

المهر الواجب هنا هو المسمى لا محالة لان النكاح صحيح فان ثبوت الخيار فرع صحة العقد فى نفسه وقال الشيخ
فى المبسوط ان كان الفسخ بالمتجدد بعد الدخول فالواجب المسمى لان الفسخ انما يستند الى العيب والطارى بعد
استقراره وان كان بعيب موجود قبل العقد او بعده قبل الدخول وجب مهر المثل لانا قلنا ان الفسخ يستند
الى زمان العيب ويصير النكاح كانه وقع فاسدا فيتعلق به احكام الفاسد ان كان قبل الدخول فلا مهر ولا
متعة وان كان بعده فلا نفقة للعدة ويجب مهر المثل وقد يعلل بان قضية الفسخ ان يرجع كل واحد من
المتعاقدين الى عين حقه ان بقى والى بدله ان تلف وقد جرى العقد على البضع بالمسمى وعوض البضع هو
مهر المثل وما ذكره الشيخ ضعيف لان النكاح وقع صحيحا والفسخ وان كان بسبب العيب الا انه انما يبطل
النكاح من حينه ولا يزيل الاحكام التى سبقت عليه ولهذا لا يرجع عليها بالنفقة الماضية وان بقيت عينها
واما التعليل الثانى فيجوز ان ذلك فى المعاوضات الحقيقية والنكاح ليس منها ولان المسمى يستقر وجوبه
بالوطى مرة واحدة فلا يسقط بالفسخ الطارى قال المص فى المختلف اذا كانت هى المدلسة بعد الوطى وتسلم
المهر فالمشهور انه يرجع الزوج عليها بما دفعه وان كان الولى هو المدلس رجع الزوج عليه وكان لها المهر كملا
ثم حكى عن ابن الجنيد الرجوع على الولى بالاقل من مهر مثلها الا ان يكون مما لا يظهر وقد خفى على الولى
فيكون لها اقل صداق مثلها والباقى مردود من مالها على زوجها وحكمها حكمه ولها ان كانت هى العاقدة
على نفسها ومحصل ما ذكره الشيخ فى المبسوط ان الولى اذا زوجها ولا يخلو ان يكون ممن لا يخفى عليه عيبها كالاب
والجد ونحوهما ممن يخالطها ويعرفها فالرجوع عليه او يكون ممن يخفى عليه ذلك فان صدقته المراة انه لا يعلم فا
فالرجوع عليها لانها هى الغارة وان كذبته فالقول قوله مع يمينه فالرجوع عليه دونها وذهب ابو الصلاح الى
انها اذا كانت هى المدلسة لا يرجع عليها بشئ مما اخذته من المهر بعد الوطى محتجا بان الصداق عوض البضع
وهو ضعيف ولا يخفى ان تنقيح هذا الموضع مما لا بد منه فلا بد من بيان معنى التدليس وتحقيق المعنى
المراد بالولى وبيان ان الواقع يمكن ان يخلو عن التدليس واستحقاق الرجوع بالمهر اولا فنقول التدليس تفعيل
من المدالسة وهى المخادعة والمراد هنا كتمان العيب والدلس محركة الظلمة كان المدلس اتى بالعيب الى المخدوع وع
وقد كتم عليه عيبه اتاه به فى الظلمة هذا هو اصل المعنى لكن صدق التدليس فى الابواب يتفاوت ففى بعض الاحوال
لا يعد مدلسا الا اذا اظهر الضد كالرقية فان من زوج امراة فظهر كونها رقيقة لا يعد كونه مدلسا الا اذا
وصفها بكونها حرة وفى بعضها يعد مدلسا بمجرد السكوت عن بيان الحال كما اذا زوج ذات العيب ولم يبين
عيبها وكان المدار فى ذلك كون الشئ خللا فى الخلقة وعدمه فكل موضع يتحقق فيه خلل الخلقة فالسكوت عنه
مع العلم به تدليس وكل موضع لا يكون كذلك لا يتحقق التدليس الا اذا وصف بصفة كمال فتبين عدمها كالحرية

والبكارة

والبكارة والاصل فيه ان الاطلاق محمول على كمالية الخلقة ولا يقتضي استجماع صفات الكمال هذا معنى التدليس واما ما به
يصير الشخص مدلسا فينبغي ان يقال فيه انه متى تحقق كونه باعثا على التزويج عد مدلسا سواء كان المتولي للعقد
هو او غيره وهكذا يفهم من كلام بعض المحققين لكن عبارة المص والشيخ وابن الجنيد ومن وافقه بذلك والذي يشعر
به عبارة المبسوط ان المدار في التدليس على التزويج وفي عبارة الاخبار اختلاف ففي بعضها الرجوع على الولي الذي
دلسها وفي بعضها يغرم وليها الذي انكحها وفي بعضها ان المهر على الذي زوجها لانه دلسها اما الولي فالمعروف
بينهم ان الذي امر المراة اليه كالاب والجد والوصي والحاكم ومقتضى ذلك ان الرجوع عليه ان كان والا فعليها
ويناسب الحال ان يراد بالولي هنا المتولي لامرها ان كان وكيلا بحيث يكون تزويجها مسندا اليه سواء باشر
العقد ام لا والاخبار لا تدل على امر غير ذلك والدليل لا ينهض الا على لان التدليس منوط بالباعثية لكن الولي انما
يرجع عليه اذا كان عارفا بحالها فان علم ذلك فلا بحث وان لم يعلم فان كان ممن شانه ان لا يخفى عليه حالها كالمحرم
حيث لا يكون العيب خفيا جدا عمل بظاهر الحال واغرم المهر الا ان تصدقه المراة فالرجوع عليها ولو كذبته فالذي
يناسب المقام ان يقدم قولها باليمين لان الظاهر الذي مدار الامر عليه معها ولو ادعى عليها الولي في هذه الحالة
اختصاصها بالتدليس وانها حملته على تزويجها وفهم ان الزوج علم حالها فكذلك وان كان ممن يخفى عليه امرها
فان صدقته المراة فالرجوع عليها وان كذبته فالقول قوله بيمينه فتلخص من هذا ان الواقع لا يخرج من التدليس اما
منها او من الزوج لها ومنه يتبين ان الرجوع بالمهر ثابت للزوج في كل صورة وقد يتوقف في صورة واحدة وهي
ما اذا كان العيب خفيا جدا وادعت المراة الجهل به وامكن ذلك فان في تصديقها باليمين ح وسقوط الرجوع
هنا اشكالا ينشأ من اطلاق النصوص وكلام الفقهاء بالرجوع عليها او على متولي نكاحها ومن انتفاء معنى
التدليس الذي هو مناط الرجوع وكون الجاهل معذورا وعبارة الكتاب تدل على ان الحال قد يخرج عن التدليس
وهي قوله ان كان والا فلا رجوع وقريب منه عبارة ابن ادريس لو كان المتولي لتزويجها جماعة فالرجوع
عليهم بان يوزع على جميعهم بالسوية سواء كانوا ذكورا ام لا اطلق الاصحاب الرجوع بالمهر عليها ان كانت هي المد لسة
وهو واضح ان كان قد دفع المهر اليها اما مع عدمه فلا محصل له ويبعد ان يراد به دفعه اليها ثم استعادته منها
اذ لا فائدة في ذلك وقد يتخيل ان فائدة الدفع اليها المحافظة على عدم خلو الوطي المحترم عن مهر فيكون دفعه من
حيث كونه مهرا اقتضاه الوطي واستعادته من جهة التدليس ويندفع هذا بانه لابد لها مما يكون مهرا على ما سياتي
بيانه ان شاء الله تع اذا كان الرجوع بالمهر على غيرها فلا بحث في انه يرجع بجميع ما غرم وان كان الرجوع
عليها ففي الرجوع بجميع المهر وجهان احدهما يرجع بالجميع لظاهر النصوص ولان غرمه المهر نشأ عن تغريرها
والثاني انه يجب ان يستثنى ما يكون مهرا لان الوطي المحترم لا يخلو من مهر قطعا وهذا اصح وبه صرح كبراء الاصحاب.

وفي تقديره قولان احدهما ما ذهب اليه ابن الجنيد وهو اقل مهر مثلها ووجهه انه قد استوفى منفعة البضع فوجب ان يعوض مثلها وهو مهر المثل والثاني واليه ذهب الاكثر اقل ما يكون مهرا وهو اقل ما يتمول في العادة ووجهه ورود النص بالرجوع بالجميع فيجب الاقتصار في المخالفة على موضع اليقين وهذا هو المقطوع به دون ما زاد وهو الاصح ولقائل ان يقول ان هذا المستثنى ان كان حقا ثابتا للزوجة في مقابل الوطي المحترم فلا معنى للرجوع به على الولي كما لا يجوز الرجوع به عليها وان لم يكن حقا لها ثابتا استحق الرجوع به على المدلس وان كان هو الزوجة ولو كان العيب فيه لزمه المهر في خاصته اذا فسخت بعد الوطي اي اذا كان العيب الموجب للفسخ في الزوج لزم الزوج المهر في خاصته اي خاص الزوج اي في ماله الخاص به دون من دلسه وهذا اذا كان الفسخ بعد الوطي الموجب لاستقرار المسمى وانما وجب المهر هنا في خاصته دون من دلسه لان النكاح وقع صحيحا فاوجب المهر واستقر بالدخول ورجوع الزوج في المسألة السابقة لكونه مغرورا بل المغرور الزوجة وقد استوفت حقها فلا رجوع له على احد وقال ابن حمزة ان فسخ المراة موجب لسقوط المهر سواء كان قبل الدخول او بعده وهو ضعيف لاستقرار المسمى بالدخول فلا يسقط فسخها ولو فسخ الرجل قبل الدخول سقط المهر وكذا المراة الا في العنة فيثبت لها النصف ولو وطي الخصي فلها المهر كملا والفسخ قد تبين ان العيب اما في الرجل او المراة وعلى التقديرين اما ان يحصل الفسخ قبل الدخول او بعده فاما حكم الفسخ بعد الدخول من الزوج او الزوجة فقد سبق حكمه والمقصود هنا بيان حكم الفسخ قبل الدخول وحكمه سقوط المهر سواء كان الفسخ من الزوج بعيبها او من الزوجة بعيبه اما اذا كان الفسخ من الزوجة فظاهر لان الفسخ متى وقع من جانبها قبل الدخول اقتضى سقوط المهر كما قدمناه غير مرة واما اذا كان الفسخ من الزوج فلانه مستند اليها لانه انما فسخ بعيبها ولا يستثنى من ذلك شي الا فسخها بعنته قبل الدخول فانه يوجب نصف المهر باتفاق اكثر الاصحاب وهذا الحكم جار على خلاف الاصل ومستنده رواية ابي حمزة عن ابي جعفر عم ان زوجة العنين تعطى نصف الصداق ولا عدة عليها ويؤيده من حيث المعنى ان الزوج اشرف على محارمها وخلا بها سنة فناسب ان لا يخلو من عوض ولم يجب الجميع لانتفاء الدخول وقال ابن الجنيد اذا اختارت الفرقة بعد تمكينها اياه من نفسها وجب المهر وان لم يولج قاله المص في المختلف وهو بناء على اصله من ان المهر يجب كملا بالخلوة كما يجب بالدخول ولو علمت بعيب الخصي بعد الوطي كان لها الفسخ ووجب عليه جميع المهر لاستقراره بالدخول وهي في رواية سماعة عن ابي عبد الله عم ان خصيا دلس نفسه لامراة قال يفرق بينهما وتاخذ المراة منه صداقها ويوجع ظهره كما دلس نفسه والقول قول منكر العيب مع يمينه وعدم البينة ولا يثبت العنة الا باقراره او البينة على اقراره او نكوله اما مع يمين المراة او مطلقا على خلاف فلو ادعت العنة من دون البينة حلف وقيل ان تقلص في الماء البارد فصحيح

وان

وان استرخى فعنين ومقصود هذا البحث بيان طريق ثبوت العيب وان لم يستوف احكام ذلك لكن سيأتي فيما بعد
باقيها في كلامه ولا ريب ان العيب على قسمين خفي وجلي فالجلي كالجذام والبرص اللذين يعلمهما كل احد
وكالجب والخصاء ويسهل اطلاع الحاكم عليهما لا حاجة الى ذكر التنازع فيه لان قطع النزاع فيه سهل واما
الخفي فلا شك في ان مثبته عليه البينة لانه مدع فان الاصل الصحة وعلى نافيه اليمين لانه منكر ولا شك انه يشترط
في الشاهدين مع العدالة العلم بذلك العيب وعلامته لكونهما طبيبين عارفين بحيث يقطعان بوجوده
ان كان مما يمكن علم الغير به كالبرص والجذام الخفيين وان كان لا يعلمه غالبا الا صاحبه ولا يطلع عليه الآخر ومثله
وهي العنة فان طريق ثبوته اقرار الزوج او البينة على اقراره او اليمين المردودة من المنكر او من الحاكم اذا نكل المنكر
او من الحاكم عن اليمين بناء على ان النكول وحده لا يقضى به بل ترد اليمين على المدعي فاذا حلف قضي بثبوت
الدعوى وهذا اصح القولين وزاد قول آخر وهو القضاء بمجرد النكول ذهب اليه الشيخ رحمه الله وعلى هذا فالنكول
الثبوت باليمين المردودة من المنكر لانها كاقراره او كالبينة وموضع القولين كتاب القضاء وسيأتي تحقيقهما
ان شاء الله تعالى والى هذا اشار المص او نكوله اما مع يمين المدعي او مطلقا على خلاف اي لا يثبت العنة الا بكذا
او نكوله او مقيدا باليمين على قول او مطلقا اي غير مقيد باليمين على قول آخر ولا يخفى ان ما ذكره غير حاصر
مع ان مقتضى عبارته الحصر فان الاستثناء في سياق النفي يفيد الحصر لان اليمين المردودة مع النكول فهنا
طريق الى الثبوت مع انتفاء النكول لمرو لعدم الاكتفاء في الدلالة على هذا بذكر اليمين المردودة مع النكول وهنا مسامحة
ايضا وهي ان قضية العبارة ان الثبوت بالنكول واليمين معا ولا شك انه لا دخل للنكول في الثبوت اصلا وانما
المثبت هو اليمين خاصة والنكول هو السبب في تسلط الحاكم على الرد ولولاه لكان الرد من المنكر ليس الا وانما قلنا
ان العنة عيب لا يعلمه غالبا الا صاحبه لان الاستناد الامتناع من الوطء الى العجز بحيث يضعف العضو عن
الانتشار امر خفي لا يطلع عليه الغير اطلاعا يقطع به بحيث يصير محلا للشهادة بنفس العنة لم يسمع نعم قد
يطلع عليه الزوجة بمرور الايام وتكرر الاحوال وتعاضد القرائن فلذلك يثبت بينهما المردودة وانكره بعض
الشافعية محتجا بان خفاء هذا الامر مما يشترك فيه الزوجة والشاهد والفرق ظاهر لان الزوجة تطلع من
بواطن احوال على ما لا يطلع عليه غيرها اذا تقرر هذا فان الزوجة اذا ادعت العنة ولم تقر ولم توجد البينة
على اقراره حلف فاذا حلف استقر النكاح وانقطعت الدعوى هذا هو المشهور بين الاصحاب وقال الصدوق
في المقنع وابوه في الرسالة تقعد الرجل في ماء بارد فان استرخى ذكره فهو عنين وان تشنج فليس بعنين
واليه ذهب ابن حمزة وانكره ابن ادريس وكافة المتأخرين وهو الاصح لان ذلك لا ينضبط ولا يوثق به والتقلص
معناه الضم والانزواء والتشنج تقبض في الجلد   ولو ادعى الوطء قبلا او دبرا او وطء غيرها مع ثبوت العنة

صدقت مع اليمين وقيل في دعوى القبل ان كانت بكراً صدقت مع شهادة النساء بذهابها والا حشي قبلها خلوقاً وامر بوطئها فيصدق مع ظهوره على الحشو لو تنازعا في العيب فالحكم ما تقدم ولو تنازعا في الوطي في موضع العنة فادعاه الزوج قبلاً او دبراً لها او لغيرها مع ثبوت عنته لواحد من الطرق السابقة فالقول قول الزوج بيمينه وان كان بصورة المدعي لانه في الحقيقة منكر فان الاصل الصحة وحصول العيب على خلاف الاصل ومثل هذا الامر يتعذر فيه اقامة البينة ولقائل ان يقول القرض مصور بما اذا ثبتت وكيف يكون منكراً مع ثبوتها بل هو المدعي في الحقيقة وتعذر اقامة البينة لا يكفي في الثبوت باليمين كما في السرقة ويمكن الجواب بان العنة لم تثبت الآن والا لثبت الفسخ وانما الثابت العجز الذي يمكن ان يكون عنة ويمكن ان يكون غيرها ولهذا يؤجل سنة هو ليبطل القدرة على الوطي ام لا فان قدر على وطي احد فلا عنة والا ثبتت واما تعذر اقامة البينة لكون الشيء مما لا يطلع عليه فانه يكفي فيه اليمين لئلا يؤدي الى سقوط اعتباره كما في الحيض فانها لو ادعت انقضاء العدة به وامكن صدقت بيمينها اما لو تنازعا في الوطي قبل ثبوت العنة فان كونه منكراً لا شبهة فيه وبما ذكرناه قال الشيخ في النهاية واكثر الاصحاب والمص وذهب في الخلاف الى ان دعواه الوطي ان كان في القبل فان كانت بكراً صدقت مع شهادة اربع من النساء بذهابها وان كانت ثيباً حشي قبلها خلوقاً ثم امر بالوطي فان خرج الخلوق على ذكره صدق والا فلا وبه قال الكيدري احتج الاولون بعموم قوله عم البينة على المدعي واليمين على من انكر وبما رواه ابو حمزة في الصحيح قال سمعت ابا جعفر عم يقول اذا تزوج الرجل المراة الثيب التي قد تزوجت زوجاً غيره فزعمت انه لا يقربها منذ دخل بها فان القول في ذلك قول الزوج وعليه ان يحلف بالله لقد جامعها لانها المدعية واحتج الآخرون بما رواه عبد الله بن الفضل الهاشمي عن بعض مشيخته قال قالت امراة لابي عبد الله عم او سأله رجل عن رجل تدعي عليه امراته انه عنين وينكر الرجل قال تحشوها القابلة بالخلوق ولا يعلم الرجل ويدخل عليها الرجل فان خرج على ذكره الخلوق صدق وكذبت والا صدقت وكذب وضعفها المص في المختلف بكونها مرسلة ثم صوب الجمع بينها وبين رواية ابي حمزة بحمل الاولى على ما اذا ادعى الرجل الاصابة قبل الدعوى فانكرت والثانية على ادعاء المراة العنة فينكر الرجل وفي هذا الحمل اعتراف بان حشو الخلوق طريق الى قطع المنازعة وفيه نظر لامكان ان يلطخ ذكره به من غيره فلا يتحقق معه الجماع اللهم الا اذا قطع بانتفاء ذلك كما اذا اورد في بيت خال وسدت على وجه افاد اليقين لكنه فانه لا يبعد المصير اليه لكن على هذا لا يحتاج الى ما قيد به في الرواية من كون الرجل لا يعلم حشو الخلوق ومتى ثبت اعتبار حشو الخلوق شرعاً كان ذلك طريقاً الى الفسخ لا ثبوت العنة وانتقالها والخلوق بفتح الخاء المعجمة اخلاط من الطيب منها الزعفران ولو كانت بكراً فادعى الاصابة فشهد اربع نسوة بالبكارة فكذبهن الزوج لم يسمع منه وان ادعى عود البكارة بعد الوطي قدم قولها مع اليمين اما بعدم الوطي او بانه

هذه بكارة الاصل فان جانبها معتضد باصالة بقاء البكارة الخلقية وان الظاهر عدم العود بعد الزوال ولو نكلت
حلف وسقط خيارها ولو نكلت لم يبعد تقديم قولها لان الظاهر معها وقد صرح المص بهذه الاحكام في التحرير
والشيخ في المبسوط   واذا ثبتت العنة وصبرت لزم العقد والا رفعت امرها الى الحاكم فيؤجله سنة من حين المرا فعه
فان واقعها او غيرها فلا فسخ والا فسخت ان شاءت ولها نصف المهر اذا ثبتت العنة باحد الطرق السابقة فانه
صبرت لزم العقد ولم يكن لها بعد ذلك مرافعة ولا فسخ لتضمن ذلك الرضا بالعيب وهو امر واحد لا يتجدد
فيه ولا تعدد بخلاف المطالبة في الايلاء فانها لا تسقط بالاسقاط لتجدد الحق كل وقت وحكى الشيخ في المبسوط
خلافا في سقوط الخيار هنا ثم قوى السقوط محتجا بعموم الاخبار ويلزم من هذا ان تكون المرافعة على الفور
كالفسخ وان لم تصبر فليس لها الفسخ في الحال اجماعا بل يجب ان ترفع الامر الى الحاكم فاذا رفعته اليه اجله سنة
من حين المرافعة اذا طلبت ذلك او تنصرف على المطالبة بحقها شرعا اما مع سكوتها فلا الا اذا احتمل ان
يكون سكوتها لدهشة او جهل فلا باس بتنبيهها واطبق العلماء على كون الاجل سنة معللين بان تعذر الجماع قد
يكون لعارض حرارة فتزول في الخريف ولا شبهة في انه من حين المرافعة فاذا مضت السنة مع علم الاصا ٥
علم خلقي وروى ابو البختري عن جعفر عن ابيه ان عليا ع كان يقول يؤخر العنين سنة من يوم ترافعه امرأته
فان خلص اليها والا فرق بينهما فان رضيت ان تقيم ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد اسقطت الخيار وهذه
الرواية وان دلت على ان المعتبر اصابتها وعدمها الا ان رواية غياث الضبي دالة على اعتبار اصابتها او
اصابة غيرها في عدم الفسخ ويؤيدها ان العنة انما يكون مع العجز المحقق لضعف في الدماغ او في القلب او في
الكبد او الخلل في نفس الآلة وهذا لا يختلف باختلاف النسوة واما العجز عن امرأة دون اخرى فانه يتفق
لانحباس الشهوة عنها بسبب نفرة منها او حياء او لاختصاص المقدور عليها بالانس بها او وجود الميل لها
وانتفائه عن غيرها وكذا قد يتفق العجز عن المأتي والقدرة على غيره لاعتبار حينئذ وفي جميع ذلك لا يثبت الخيار
عندنا ولو كان العجز عن الجماع لمرض لا يرجى زواله فهو في معنى العنة ومثله من جب بعض ذكره فيشمله
الباقي ورواية ابي الصباح الكناني قال سألت اباعبدالله ع عن امرأة ابتلي زوجها فلا يقدر على الجماع ابدا
اتفارقه قال نعم ان شاءت يتناوله ذلك كله ولو كان العجز لمرض مرجو الزوال فلا مرافعة ولا خيار   لا
فرق في التأجيل سنة بين كون العنة سابقة على العقد او متجددة بعده وخص ابن الجنيد التأجيل بالثاني
والاصحاب على خلافه والنصوص عامة   ولو قيل بان للمرأة الفسخ بالجذام في الرجل امكن لوجوب التحرز
من الضرر فانه قال ع فر من المجذوم فرارك من الاسد   هنا مبحثان   المشهور بين الاصحاب ان الجذام وال ص
من العيوب المختصة بالنساء فلا تفسخ المرأة بوجودهما او احدهما في الرجل وذهب ابن البراج في المهذب الى

اشتراكهما بين الرجل والمرأة في ايهما وجد احدهما فللآخر الفسخ وظاهر كلام ابن الجنيد يقتضي ذلك وهو ظاهر
اختيار المصنف في المختلف فانه قال وكلام ابن البراج حسن لا بأس به احتج الاكثرون بان الاصل في عقد النكاح
اللزوم وثبوت الخيار مخالف للاصل فيتوقف على الدليل وهو منتف في محل النزاع واحتج الآخرون بعموم
قوله عليه السلام انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل فانه عام في الرجل والمرأة الا ما اخرجه دليل
وبانه يؤدي الى الضرر اذ ذلك من الامراض المعدية باتفاق الاطباء وقد روي انه صلى الله عليه وآله قال فر من المجذوم فرارك
من الاسد فلا بد من طريق الى التخلص ولا طريق الا الخيار وبانه قد ثبت بالنص والاجماع كونهما عيبا في
المرأة ففي الرجل اولى لان العلة في ثبوت الفسخ به وهي تشاعر وشدة النفرة بسببه النافية لشهوة الجماع
ووقوع الضرر به موجودة في الرجل بوجه اقوى لان الرجل يستطيع التخلص بالطلاق ولا طريق للمرأة الا الفسخ فتعين
القول بثبوته ولا يخفى ان هذه الدلائل اقوى لان صحيحة الحلبي دليل ناقل عن حكم الاصل وهي مرجحة على
رواية غياث بصحتها وشهرتها مع ما ضم اليها من المؤيدات فالقول الثاني لا يخلو من قوة اذا قلنا بثبوت
الخيار للمرأة بجذام الزوج وبرصه وكان العيب سابقا على العقد فلا بحث في الخيار به وان تجدد بعد الدخول
فقضية ما سبق في نظائره عدم الخيار وان تجدد بعد العقد وقبل الدخول ففيه اشكال ينشأ من ان ثبوت
الخيار هنا على خلاف الاصل والمشهور فينبغي ان يقتصر فيه على ما لا يكثر معه المخالفة ومن ان رواية
الحلبي تتناول بعمومها هذا الفرد ولقائل ان يقول ان رواية الحلبي دالة على حكم هذين العيبين بالنسبة الى
كل من الرجل والمرأة فيتعين كون الثبوت في حقهما على نهج واحد وقد سبق انه لا خيار للرجل بتجددهما
بعد العقد فيكون المرأة كذلك واعلم ان المصنف تعرض في هذا الكتاب الى البرص وانما اقتصر على ذكر الجذام
ولم يرجح شيئا وانما اورد الخيار فيه على طريق الاحتمال وفي المختلف رجح الثبوت فيهما على ما حكيناه فان
كان اقتصاره على الجذام مصيرا الى ان البرص لا خيار فيه فهو مناف للتردد المتناهي في الجذام فهي في قوة
القول الثالث للقولين وكلامه محتمل ويثبت العيب باقرار صاحبه او بشهادة عدلين عارفين
وفي العيوب الباطنة للنساء بشهادة اربع منهن مؤمنات قد تقدم فيما مضى ان العيب على قسمين احدهما
ما يمكن اطلاع الغير عليه والآخر ما لا يمكن اطلاع الغير عليه والآخر ما لا يمكن كالعنة وكلاهما يشتركان في
الثبوت باقرار صاحب العيب ومع انكاره فانما يثبت الظاهر بشهادة عدلين على اقرار صاحبه او اليمين
المردودة او النكول على القول بالقضاء به واما العنة فانه يثبت بشهادة عدلين طبيبين عارفين ان كان
مثله يخفى على غير الطبيب والا كفت العدالة وفي جانب المرأة يثبت في العيوب الباطنة للنساء وهي التي لا
يطلع عليها الرجال مضافا الى ما ذكر بشهادة اربع من النساء موصوفة بالعدالة والمعرفة بالطب الا ان يكون

العيب جليًا لا يتوقف معرفته على الطبيب فتكفي العدالة فان قيل لم اعتبر في الشاهدين مع العدالة المعرفة
واقتصر في النساء على الاتصاف بالايمان قلنا العلة الخطى في ذلك ان عيب الرجل اذا كان جليًا واضحًا يمكن اطلاع الحاكم
عليه فلا حاجة به الى الشاهدين لثبوته وانما يحتاج اليهما في موضع الخفاء فتعتبر معرفتهما بالطب الا في موضع
الخفاء فلا يكون شرطًا في اصل الشهادة فلذلك لم نقيد بها في اصل الشهادة لانتفائه في بعض الاقسام وكان اذا ل
في القسم الآخر على ما ذكرت في الرجل لانهما في مرتبة واحدة فاما العدول عن اشتراط العدالة في النساء الى الاكتفاء
بالايمان فلا يظهر وجهه لو خفي العيب على النساء بجهلهن وتوقف الامر على اشتراه عدول الرجال الاطباء
على المرأة ففي وجوب الالزام به والاكتفاء بيمين المرأة على النفي تردد ومنشأه من توقف حق الرجل عليه ومن انه
تحمل هتك مع ان الاصل السلامة وقد قال عم اليمين على من انكر ولو كان بكل منهما عيب ثبت
لكل منهما الخيار وفي الرتق الممتنع الازالة مع الجب اشكال لو وجد كل من الزوجين بالآخر عيبًا من العيوب
الموجبة للفسخ ثبت لكل منهما الخيار فان اختار احدهما الامضاء كان للآخر الفسخ لوجود المقتضي للفسخ
لكل منهما الخيار واجتماع المقتضيين لا يمنع من ترتب الاثر ولا فرق بين كون العيبين من جنسين او من
جنس واحد وحكي في المبسوط وجهين في الثاني بوجه احدهما بكونهما مع الاتحاد متكافئين فلا خيار
والآخر بعموم النصوص وان الانسان يعاف من غيره ويقوي الثاني وهو الاصح واطلق المص ثبوت الخيار الا في
صورة واحدة هي الرتق الممتنع الازالة بشرط تعذر الوطي وفي معناه العفل مع الجب المستوعب وما
في حكمه وذكر فيها اشكالا ينشأ من ان كل منهما سببًا للخيار اذا انفرد فعند الاجتماع كذلك او لم يثبت كون الاجتماع ع
مانعًا من ترتب الخيار على السبب ومن ان الفسخ انما يثبت بكل من العيبين المذكورين لفوات مقصود
النكاح وهو الاستمتاع فجعل الفسخ وسيلة اليه وهذا المعنى منتف في المحل المفروض فان الفوات المذكور
ثابت على كل من تقديري الفسخ وعدمه فيتمسك باصالة لزوم النكاح وليس بشيء لان المعنى المستنبط لا يخصص
عموم النص فالاصح الثبوت من الجانبين ولو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق
وكذا بعده وليس له الفسخ ولا بعد الرجعة مع العلم قبلها اي لو طلق الزوجة ذات العيب قبل الدخول فهي
لا العلم بالعيب فقد بانت منه ولو علم بالعيب بعد الطلاق لم يسقط ما وجب بالطلاق وهو نصف المهر لانه
اوجد الفرقة بالطلاق مستندًا في ذلك الى اختياره وهو مقتض لوجوب النصف والمسقط للجميع هو الفسخ
قبل الدخول ولم يوجد وكذا الحكم لو طلق بعد الدخول فان وجب جميع المهر بحاله اذ ظهر العيب وليس له
الفسخ في هذه الحالة سواء كان الطلاق بائنًا او رجعيًا اما اذا كان بائنًا فظاهر لانقطاع علاقة النكاح فلا
يعقل الفسخ واما اذا كان رجعيًا فلان الطلاق مزيل القيد بالنكاح وقد حصل به مقصود الفسخ لانه

آيل الى بينونة فلا وجه لثبوت الفسخ بعده ولو رجع في هذه الحالة وقد علم بالعيب قبلها فلا فسخ له لان رجوعه
مع العلم بالعيب يقتضي الرضا به وذلك مانع من الفسخ بخلاف ما لو لم يعلم بالعيب حتى رجع فانه له الفسخ هنا
لا محالة لانتفاء المانع والى ما ذكرناه اشار بقوله وليس له الفسخ ولا بعد الرجعة اي ليس له الفسخ قبل الر جعة
الخ ولقائل ان يقول ينبغي ان يكون له الفسخ في الطلاق الرجعي اذا لم يعلم بالعيب حتى طلق مع بقاء العدة لان
المطلقة رجعيا زوجة فتندرج في النصوص الدالة على الفسخ بعيب الزوجة ومن فوائده تعجيل البينونة فتحل
الخامسة واختها وينقطع الارث وتسقط نفقة العدة وغير ذلك   واذا فسخ احدهما بعد الدخول وجبت
العدة ولا نفقة فيها الا مع الحمل لا شك انه اذا فسخ احد الزوجين بعيب الآخر بعد الدخول تجب العدة
للوطي المحترم وهي عدة الطلاق على ما سيأتي بيانه ان شاء الله تعالى ولا نفقة في هذه العدة قطعا لانتفاء
المقتضي فانها بائنة فان الفسخ يزيل اثر النكاح هذا اذا كانت حائلا وان كانت حاملا بني على ان نفقة
الحامل في الطلاق البائن للحمل فيجب لحق القرابة والسكنى كالنفقة في ذلك وقد صرح المص في التحرير وجزم بالوجوب
هنا وهو يقتضي ترجيح وجوب النفقة للحمل لانه مبني عليه ولم يرجح في التحرير شيئا وسيأتي تحقيقه ان شاء
الله تع   وعلى الزوج المهر لو انكر الولي علمه بالعيب وان فقد فله اليمين فاذا حلف رجع الزوج على
المرأة لانها غرته حيث لم يعلم الولي فاذا ادعت اعلامه حلف   قد سبق ان للزوج الرجوع على الولي له
اذا فسخ بالعيب وكان الولي عالما بالحال فبناء على هذا اذا ادعى عليه الزوج العلم بالعيب ليرجع عليه
فانكر كان على الزوج البينة لاثبات دعواه فانه مدع لان الاصل عدم العلم والاصل براءة ذمته ومع فقدها
فللزوج اليمين عليه فان حلف انتفى علمه ظاهرا وانتفى سبب الرجوع عليه وهو التدليس وانحصر في جهتها
فتعين الرجوع عليها لانها غرته حيث لم يعلم الولي بحالها فان ادعت اعلامه كان عليها البينة ومع عدمها فعليه
اليمين ولا يكفي اليمين الاولى لان اثر اليمين لا يتعدى المتخاصمين فلا تسقط بها دعوى اخرى وينبغي التنبه
لشيئين   انا قد اسلفنا ان الولي ان كان ممن شانه ان لا يخفى عليه حالها لكونه محرما والعيب مما لا يخفى فعليه
الغرم ولا يقبل منه اليمين لانه المدعي فان دعواه خلاف الظاهر وح فلا ينفع اصل براءة الذمة لوجود المقتضي
لشغلها وربما علل بانه على تقدير عدم علمه مقصر بترك الاستعلام وان كان ممن شانه ان يخفى عليه الحال
فان الرجوع عليه انما يكون مع علمه فان انكره فعليه اليمين مع عدم البينة هذا هو المستفاد من كلام المحققين ثم
الشيخ في المبسوط والمص في التحرير وغيرهما وتوجيهه ظاهر واذا صح هذا ونظر الى اطلاق كلام المص هنا بان
على الولي اليمين اذا انكر العلم بالعيب تبين كون هذا الاطلاق مستحقا للتقييد   اذا حلف الولي للزوج
على عدم العلم بالعيب لم يمتنع توجه دعوى المرأة عليه بالاعلام فيتوجه لها اليمين لانه ربما اقر بانها اعلمته فيكون

قدالكذ

قد اكذب نفسه ويمينه التي حلفها للزوج فيغرم المهر لكن لو اراد رد اليمين عليها او نكل بحيث يردها الحاكم فهل
يستحلف يحتمل العدم لئلا يلزم ابطال الحكم بالحكم ويحتمل ان يبنى ذلك على ان اليمين المردودة هل هي كالبينة او كالاقرار
فان قلنا كالبينة لم يستحلف لان البينة على الدعوى لا تسمع بعد يمين المنكر وان قلنا كالاقرار استحلفت لان المنكر
اذا حلف ثم اقر مكذبا لنفسه اخذ باقراره   ولو سوغنا الفسخ بالمتخلل بين الوطي مرضي ببرص سابق ثم
اتسع في ذلك العضو فالاقرب ثبوت الخيار ولو حصل في غيره ثبت الخيار قطعا انما بني الفرض على القول بثبوت
الفسخ بالعيب الحادث خلال المدة التي بين العقد والوطي لامتناع القول بالخيار في الفرض الا على ذلك التقدير وربما
اوهم كلامه عدم وجود فرض يزداد فيه العيب وثبوت الخيار به من حيث احتياج الى البناء وذكر المبني اذ لو
وجد ما لا يحتاج الى ذلك لكان اولى من التطويل وليس كذلك لان من علم ببرص قبل العقد ثم اتسع ولم يعلم بالا بد
ثم عقد فهو من صور الحكم المذكور فكيف قد نا سوى الفرض الاول والثاني ففي ثبوت الخيار بسبب الزيادة وعدمه وجهان
اقربهما عند المص الثبوت لانه لا ريب انه عيب لم يحصل الرضا به فوجب الخيار بدليل انه لو انفرد لكان كافيا في ثبوت
الخيار وليس ثم ما يتوهم مانعيته الا ضميمته الى ما وقع الرضا به وذلك غير صالح للمانعية لان مانعية المانع حكم اولا رم
الحكم يتوقف على التنازع وفيه قوة والثاني العدم واختاره في التحرير لان رضاه بالعيب رضي بما يحدث منه ويتولد
ولانه مع الزائد عيب واحد لاتحاد محله بخلاف الحادث في محل اخر غير الاول الذي وقع الرضا به فقد قطع
المص بثبوت الخيار لانتفاء الرضا به وبما يستلزمه وعموم النصوص يقتضي الثبوت واسنده الشيخ في المبسوط الى
قوم ولم يصرح هو بالفتوى ولا ريب ان الثبوت هنا ارجح ولو اختلف نوع العيب المتجدد والسابق فلا بحث في الثبوت
ويسقط حكم العنة بتغييب الحشفة ومقطوعها بقدرها وبالوطي في الحيض والنفاس والاحرام يتعلق بتغييب
الحشفة في الفرج احكام كثيرة كالتحصين والتحليل ووجوب الحد والكفارة في الصوم والاحرام وفساد العبادة
مثل الصلاة والصوم ووجوب الغسل وغير ذلك ومنه العنة والاصل في ذلك النص والاجماع والمعنى فان الحشفة
هي الالة الحساسة لتلك اللذة اذا تقرر ذلك فالذي يخرج به من تثبت عنته عن حكم العنة بحيث يسقط الخيار هو تغييب
الحشفة في الفرج حتى يلتقي الختانان بحيث يشتمل الشفران وملتقاهما عليها اما اذا انقلب الشفران الى الباطن وكانت
الحشفة تلاقي ما انعكس من البشرة الباطنة ففي اعتباره في ذلك ونظائره توقف هذا اذا كان سليم الحشفة اما مقطوعها
ففي حكمه وجهان احدهما الاكتفاء بتغييب قدرها لانها المرجع عند وجودها فيصار الى قدرها عند فقدها والثا ني
اعتبار تغييب الكل لانه ليس بعد الحشفة حد مرجوع اليه واختار الشيخ في المبسوط الاول وتردد المص في التحرير
ولو وطئها في الحيض او النفاس او الاحرام خرج عن حكم العنة اجماعا لحصول الوطي الحقيقي ولا يقدح كونه محرما
وكذا لو وطي في الدبر عندنا   ولا فرق في لزوم العقد باختيار المقام معه في اثناء السنة وبعدها اما بعد السنة

فلانه محل الخيار فاذا اختارت المقام سقط واما اختيارها ذلك في الابتداء فقد حكى المص في المبسوط فيه خلافا ثم
قوى السقوط وهو المختار ويدل عليه رواية ابي البختري التي ذكرناها فيما تقدم   واذا علمت بعنته قبل العقد
فلا خيار لان اقدامها على النكاح في هذه الحالة يتضمن الرضا بالعيب سواء العنة وغيرها عندنا خلافا للشافعي
في احد القولين ومثله ما لو علم بعيبها قبل العقد   ولو وطئها او سقط عنه دعوى العنة ثم بانت ثم تزوجها فادعت عنها
سمعت   اي لو وطئها بعد دعوى العنة وثبوتها سواء كان قبل السنة او فيها سقط عنه دعوى العنة وانتفى
الخيار كما سبق غير مرة فاذا بانت منه بفسخ منها او منه او طلاق بائن او انتهى الى البينونة ثم تزوجها بعقد جديد
فادعت العنة سمعت دعواها قطعا لانه نكاح جديد ودعوى مستانفة ومن الممكن ان يحدث له العنة والوطي
في نكاح سابق على النكاح الجديد لا يسقط حكم العنة فيجري عليهما الاحكام المتقدمة   ولو تزوج باربع وطلقهن
فشهدن عليه بالعنة لم تسمع   لم تسمع شهادتهن وان كن بصفات الشاهد مع انا قد بينا ان المراة قد تقطع
بعنة الزوج . لان شهادة النساء لا تسمع في عيوب الرجال   وهل يثبت للاولياء الخيار الوجه ذلك مع مصلحة
المولى عليه زوجا كان او زوجة ولي خيار الامضاء لم يسقط خيار المولى عليه بعد كماله في الفسخ هنا مسئلتان
اذا كان يزوجه المولى عليه عيب من العيوب المجوزة لفسخ النكاح او يزوج المولى عليها كذلك فهل للاولياء
الخيار عنهما بالولاية فيه وجهان الوجه منهما عند المص نعم لان المولى منصوب لاعتماد المصلحة في كل ما يتعلق
بالمولى عليه فان الغرض من نصبه ذلك حيث ان المولى عليه قاصر عن القيام بمصالح نفسه فاقيم مقامه في ذلك
هذا من الاختلال واستثنى من ذلك الطلاق بالنص فيكون محل النزاع داخلا حيث انه لا دليل على استثنائه
والثاني العدم لان المدار في بقاء النكاح وفسخه على الشهوة والولي لا يطلع على ما يشتهيه المولى عليها لان ذلك من الامور
النفسانية فالحاصل ان مناط المصلحة هنا امر خفي على الولي فلذلك لا يثبت له الخيار كما سبق في عتق الامة ولا
فرق في ذلك بين كون العيب موجودا حين العقد وبين تجدده بعده حيث يوجب الخيار ويمكن الفرق بين الحادث
وغيره فيحكم بان الحادث لا خيار للولي بسببه لتجدده بعد انعقاد العقد ولزومه فلا يتسلط على الفسخ لان مناطه
شهوة المولى عليه بخلاف السابق على العقد فان انشاء العقد في هذه الحالة مشروط بالمصلحة والفرض انه لم يكن عالما
بالعيب فكما يكون انشاء العقد من الولي منوطا بوجود المصلحة كذلك يكون ابقاؤه منه منوطا بها وهذا هو المراد من
ثبوت الخيار وليس هذا ببعيد من الصواب هذا على القول الاصح لاصحابنا من ان الولاية في النكاح انما تثبت
على طريق الاجبار اما على القول بثبوتها على طريق التشريك بين المراة والولي اذا كانت بكرا بالغة رشيدة ففرق
بوجه آخر هو ان الولي انما يكون له اعتراض في مثل ذلك في ابتداء العقد دون الدوام نظرا الى انها لو رغبت في
نكاح عبد كان لوليها المنع ولو عتقت امة تحت عبد ورضيت بالمقام معه لم يكن لوليها الفسخ وعلى هذا

يعلم

فيكون نظر الولي في العقد مع احد العيوب بعد وقوعه اذا تجدد علمه كنظره في حال القاصر فيتعين المصلحة والحجة
على ذلك ثبوت هذا النظر قبل العقد فيستصحب وعلى هذا فكل من اختار الفسخ منه ومنها وقدم اختياره واعلم
ان في كلام الشارح الفاضل هنا مناقشة يجب التنبيه لها فانه اطلق في الفرق ان المرأة البكر لو عيبت في نكاح
عبد ورضيت بالمقام معه فبانت اذا تجدد جنونها بعد الرضاء وهذا القيد غير محتاج اليه قطعا وانما ذكره ظنا منه
الاحتياج اليه وانما قلنا انه غير محتاج اليه لانها اذا تجدد عتقها بعد العقد وقبل زوال البكارة فالولاية باقية وان
لم يعرض جنون على القول بثبوت الخيار اذا اختار الولي الفسخ نفذ واذا اختار الامضاء لم يسقط خيار المولى عليه
بعد كماله لو زوج احد الصغيرين لمن له عيب مع المصلحة فان له الخيار بعد البلوغ وقد حققناه في اول النكاح
ويتحقق باخبار الزوجة او وليها او ولي الزوج او السفير بينهما على اشكال بالصحة او الكمالية عقيب الاستعلام
او بدونه وهل يتحقق لو زوجت نفسها او زوجها مطلقا اشكال ولا يتحقق بالاخبار لا للتزويج او لغير الزوج قد
عنون الفصل الجامع لهذه المسائل هنا الفصل في هذا كلام المص وكلام غيره بالتدليس وما قبله بالعيوب مع ان
التدليس غير مقصور على مسائل هذا الفصل وكان المناسبة في ذلك هي ان الرد في هذه لا يثبت الا بسبب اشتراط
صفة كمال هي غير موجودة فلم يكن للخيار منشأ الا التدليس بخلاف الخيار في العيب فان منشأه وجود العيب فقط
وقد ضبط المص التدليس بضابط هو اعم من تدليس هذا الفصل وكانه حاول بذلك شموله للتدليس هنا وفي العيوب
الا انه غير منعكس على ستبينه ان شاء الله تع وفيه ايهام ان التدليس في البابين هو هذا المذكور دون غيره فلا
يكون الرجوع في المهر الا معه وليس بجيد فههنا مباحث يتحقق التدليس على ما ذكره رحمه الله في طرف الزوجة
باخبارها بصحتها فيظهر الخلاف او بكمالها بصفة من صفات الكمال كالحرية والبكارة فيظهر العدم سواء كان
هذا الاخبار عقيب الاستعلام ام بدونه وكذا يتحقق باخبار ولي الزوجة بذلك وفي طرف الزوج باخباره كذلك
وباخبار وليه واشار بالصحة الى التدليس في العيوب وبالكمالية الى التدليس هنا وهل يتحقق التدليس بالاخبار
من السفير وهو الواسطة بين الزوج والزوجة وهو فعيل من السفارة وهي الرسالة فيه اشكال عند المص ينشأ
من ان الاجنبي لا تعلق له بالنكاح فانه ليس احد الزوجين ولا قائما مقامه وانما هو اجنبي كذب في اخباره والتفريط
ممن قبل قوله ومن حصول التغرير بقوله وهو المراد بالتدليس هل يتحقق التدليس لو زوجت نفسها مطلقا
يعني من غير اعتبار بالصحة في ذات العيب وبالكمالية في ذات النقص او زوجها وليها مطلقا فيه اشكال ينشأ
من انه لم يحصل الاخبار من احد الزوجين ولا من وليه ولا من السفير بالصحة ولا بالكمالية لم يحصل تغرير
فانتفى التدليس لانه بمعناه ومن ان تركه للاخبار بالعيب او بالنقص مع بقاء الزوج على ان الاصل السلامة
وعلمه بالنقص يجري مجرى الاخبار بالصحة والكمالية وهذا هو المراد من التدليس لا يتحقق التدليس بالاخبار

بالصحة اى الكمالية للتزويج وان لم يكن مطلقا لان العادة جارية بالتسامح فى ذلك ولان الاغراض متعلقة بستر
العيب تعلقا قويا فلا يتحقق التغرير بذلك واما التقصير من الزوج بتعويله على ذلك ومثله ما لو كان الاخبار
للتزويج لكن لغير الزوج اذ لا يتحقق التدليس على الزوج بالاخبار لغيره هذا حاصل ما ذكره المص فى الضابط والكلام
عليه من وجوه   ان هذا الضابط غير صحيح لان مجرد الاخبار لا يعد دليلا لنفى العيب ولا فى بعض صفة
من صفات الكمال اما العيب فلان المفهوم من كلام الفقهاء والنصوص عن ائمة الهدى صلوات الله عليهم ان ه
التدليس فيه يتحقق بالعقد على ذات العيب مع العلم به وعدم الاعلام مثل قول الشيخ فى المبسوط ان الولى
اذا زوجها فلا تخ من ان يكون مما لا يخفى عليه حالها فالرجوع عليه او يكون ممن يخفى عليه ذلك فان صدقته المراة
انه لا يعلم فالرجوع عليها وان كذبته فالقول قوله مع يمينه والرجوع عليها دونه فان مقتضاه كون الرجوع وعدمه
دائرا مع علمه وعدمه وكلام ابن الجنيد نحو هذا ومحصل كلامه فى التحرير ان الغار ان كان ممن يجوز له النظر
الى وليته كالاب رجع عليه مع علمه بالعيب لتغريره ومع عدمه لتفريطه بترك الاستعلام وان لم يجز له النظر
كابن العم والاجنبى فان علم بالعيب رجع عليه وان لم يعلم كان الرجوع على المراة والنصوص مثل قوله ع فى رواية
ابى عبيدة ويأخذ الزوج المهر من وليها الذى كان دلسها فان لم يكن له علم بشىء من ذلك فلا شىء عليه وترد الى
اهلها وعلم عليه وكذا قوله ع فى رواية رفاعة بن موسى وان المهر على الذى زوجها وانما صار المهر عليه لانه دلسها
ولو ان رجلا تزوج امراة او زوجها رجل لا يعرف دخيلة امرها لم يكن عليه شىء وكان المهر ياخذه منها فان ظاهرها
ان التدليس ينتفى بانتفاء العلم ويثبت بثبوته للذى زوجها فاعتبار امر زائد وهو وصفه اياها بالصحة خلاف
ما دل عليه النص وهذه الاخيرة شاملة للاجنبى اذا كان له وصف التزويج والعلم بالعيب والولى وانه ٩
تضمنت ذكر الولى لا يراد به من له الولاية لان فيها اذا دلست العقلاء الى اخره والمدلسة شرعا لا تكون الا بالغة
رشيدة لان فعل غير البالغ لا يعتد به فينبغى ان يراد به من يلى امرها فيعم الاجنبى واما فى نقص الصفة فلا يكفى
فى التدليس الموجب للفسخ والرجوع بالمهر الوصف بالكمالية بل لا بد من اشتراطه فى العقد على ما سياتى فى
كلام المص فى كونها بنت مهيرة فتظهر بنت امة وكونها بكرا فتظهر ثيبا وكونها من قبيلة فتظهر من غيرها
ولا يستثنى من ذلك الا وصف الحرية فانه اذا زوجها على انها حرة فبانت امة لم يتوقف استحقاق الرجوع
بالمهر على اشتراط الحرية بل يكفى الوصف بذلك فيظهر خلافه ويرجع بالمهر على الواصف سواء كان المولى
او الشاهدين لها بالحرية او هى وكان مدار الرجوع مع التدليس على فساد النكاح بالرقية حيث لم يرض المولى
او فسخه الزوج لاجلها ان رضى لفوات الشرط من بكارة ونحوها ولهذا لو حصل الرضا بالنكاح لم يكن له رجوع
قطعا لسلامة العوض فى مقابل المهر فلم يكن ثم تخسير يقتضى الرجوع   ان الاشكال فى السفيه لا موقع له لانا

قد بينا ان الرجوع في ذات العيب على المتولي لامرها وان كان اجنبيا وفي الامة على من وصفها بالحرية ممن ذكر
وفي انه يجري في الثيب اذا اشترطت بكارتها ينبغي ان يكون الرجوع على المشترط لذلك فظهر انه لا اثر لخصوص كونه اجنبيا
الاشكال فيما لو زوجت نفسها مطلقا او زوجها الولي كذلك لا موقع له ايضا لانه قد بينا انه في العيب يثبت
الرجوع مع العلم والسكوت وفي الرقية ينبغي ان يقال اذا زوجه بامر الغير ولم يرض مولاها يكون مدلسا يرجع
عليه بالمهر وان لم يجز الحرية ذكر لانه دخل معه على نكاح صحيح لزوجته بسم له فظهر خلافه اما مع رضاه فلا لانتفاء
المقتضي   ولو شرط الحرية فظهرت امة فله الفسخ وان دخل فان فسخ قبل الدخول فلا شيء وبعده المسمى
للمولى وقيل العشر او نصفه ويرجع بما غرم على المدلس فان كانت هي تبعت بعد العتق ولو كان قد دفعه
اليها استعادها ما وجده وتبعها بالباقي ولو كان مولاها فان تلفظ بما يقتضي العتق حكم عليه بحريتها وصح العقد
وكان المهر للامة والا فهي على الرق ولا شيء لمولاها على الزوج اذا فسخ وان كان بعد الدخول والاقرب وجوب
اقل ما يصلح ان يكون مهرا للمولى ولو كان دفعه اليها وتلف احتمل تضمين السيد لغروره وضعف المباشرة
والرجوع في كسبها والتبعية بعد العتق هنا مسائل متى شرط العاقد حرية الزوجة فظهرت امة فله فسخ النكاح ح
قطعا لان ذلك فائدة الشرط فانه يقلب العقد اللازم جائزا سواء دخل او لا فان الدخول لا يسقط الخيار
كما سبق في العيوب ثم ان كان العقد باذن المولى او من يقوم مقامه كوليه ان كان محجورا عليه او وكيله انه لكن
وكان العاقد ممن يجوز له نكاح الامة فالعقد صحيح غاية ما فيه انه متزلزل للزوج فسخه ولا فرق في ذلك بين
ان يتولى العقد المولى او من اذن له وان كانت الامة لانه عقد صدر من اهله في محله وليس فيه الا انتفاء الشرط
وهو الحرية وذلك لا يقتضي الفساد بل سلط على الفسخ وان كان بغير اذنه سواء باشرت العقد الامة او اجنبي
ففي وقوعه فاسدا من اصله لانتفاء الاذن من المولى او موقوفا على اجازته قولان تقدما في نكاح المماليك اصحهما
الثاني بخلاف ما لو لم يجز نكاح الامة للعاقد فانه يقع فاسدا لا محالة   اذا رضي الزوج بالعقد والسيد ايضا
حيث لم ياذن فلا بحث وان فسخ فان كان قبل الدخول فلا شيء كما سبق في العيوب وان كان بعده وجب المسمى
مع كون العقد صحيحا وذلك حيث ياذن السيد فان لم ياذن ففي وجوب المسمى او مهر المثل او العشر ان كانت
بكرا ونصف العشر ان كانت ثيبا اقوال بشرط ان لا تكون عالمة بالتحريم على اصح القولين ويلزم ارش البكارة
مطلقا لو كانت بكرا وقد تقدم الكلام على ذلك كله مستوفا فلا حاجة الى اعادته   اذا فسخ بعد الدخول فلا
كلام في وجوب في وجوب المهر للمولى ثم يرجع به على المدلس فان كانت هي تبعها بعد العتق لان الرجوع عليها
في الرق رجوع على السيد في الحقيقة وهو باطل ولو كان قد دفعه اليها استعاده لانه باق على ملكه لان قبضها
اياه قبض فاسد بغير حق فان تلف شيء منه اخذ ما وجد منه وتبعها بالباقي كما في تلف الجميع سواء ولو كان المدلس

هو المولى فان تلفظ بما يقتضي العتق مثل قوله هي حرة انشاء او اقرارا حكم عليه بحريتها اعمالا للسبب بحسب مقتضاه
وح فيكون العقد لازما وهو الذي اراده المص بقوله صح العقد فانه مقابل جواز الفسخ ويكون المهر للزوجة دون
السيد لانتفاء سلطنته عنها وان لم يتلفظ بما يقتضي العتق فهي على الرق ومقتضى ذلك بمثل ان يقدم الزوج
القبول فيتزوجها بكذا بشرط كونها حرة فيأتي السيد بالايجاب وكذا ينبغي ان يكون عكسه فان لفظ الاشتراك
لا يقتضي العتق انشاء ولا اقرارا وجعله في المبسوط موجبا للعتق وللنظر فيه مجال وح فلا شيء للسيد ولا لها
اذا فسخ الزوج وان كان بعد الدخول اما هي فظاهر لان المملوكة لا تستحق من مهرها شيئا واما السيد فلانه وان
استحق المهر بالدخول الا ان للزوج الرجوع عليه به لتغريره اياه وتدليسه ولا وجه لدفعه اليه ثم ارتجاعه منه وهل
يستثنى للسيد وجوبا اقل ما يصح ان يحصل مهرا وهو اقل ما يتمول على ما سبق وعلى قول ابن الجنيد اقل ما
يكون مهر امثالها فيه قولان اقربهما عند المص وجوب ذلك لان الوطي المحترم في غير اباحة المملوكة يمتنع خلوه
عن العوض وقيل لا يجب شيء للاصل وهو ضعيف وانما كان هذا للسيد دونها لان منافع البضع حق له
خاصة ولو كان قد دفع المهر اليها في حال تدليس المولى اياها حيث لم يتلفظ بما يقتضي العتق بناء على حريتها
التي توهمها بالشرط فان كانت عينه باقية فظاهر وان تلف في يدها ففي حكمه احتمالات ثلثة الرجوع على المولى
اما بكله او بما عدا اقل ما يصح ان يكون مهرا على اختلاف القولين لان يدها وان كانت يد ضمان لان الاعواض
المقبوضة من مهر او غيره مضمونة على القابض لها بهذا الوجه في المباشرة والمولى سبب الا ان مباشرتها
ضعيفة باعتبار كونها مملوكة يد السيد عليها في النكاح وغيره وقد سلطها السيد على القبض بتدليس وكانها
قابضة عنه وح يضعف المباشرة فالرجوع على السبب كما لو قدم الى غيره لمالك ذلك الغير فاكله ان تضمن المهر
في كسبها ان كانت مكتسبة ومقتضاه ان تؤمر بالاكتساب وتلزم به ووجه هذا انها مباشرة للاتلاف ولا
مال لها والسيد غار والاصل براءة ذمته ولا دليل يقتضي شغلها ولا سبيل الى ضياع مال الزوج المغرور
فبملاحظة مجموع هذه الامور جعل الضمان في كسبها فان لم تكن كاسبة امكن احالته على السيد لتغريره وتعلقها
بعد العتق لمباشرتها ان تتبع به اذا اعتقت لان يدها يد ضمان والسيد وان كان غارا للزوج الا انه لا
تغرير له بالنسبة اليها في قبض المهر ولا يلزم من وصفه لها بالحرية الاذن في قبض المهر مع علمها بكونها امة فتختص
الضمان بها لعموم على اليد ما اخذت ولا مال لها الا بعد عتقها فتتبع به نعم لو اذن لها في القبض فللبحث في
تعلق الضمان وهذا الوجه قريب وبقي قسم ثالث وهو ما اذا كان المدلس اجنبيا هو غيرها وغير المولى ولم يذكر
المص حكمه وكانه تركه لظهوره اذ لا بحث في الرجوع عليه بجميع المهر المستحق للمولى ولو دفع المهر اليها في هذه الحالة
وتلف في يدها فان حكمنا بالتبعية لها فيما سبق اذا اعتقت غرم مهرا آخر للسيد ورجع على المدلس وان

طعام ص

حكمنا بالرجوع على السيد هناك رجع على المدلس هنا بكل من المهرين اذا عرفت ذلك فارجع الى عبارة الكتاب
واعلم ان قوله وان دخل وصلي لما قبله وقوله فان فسخ كلام مستأنف وقوله وبعده المسمى للمولى صحيح اذا كان العقد
باذن المولى سابقا او لاحقا اما اذا كان بغير اذنه فان وجوب المسمى غير ظاهر لفساد النكاح والمص جرى على ما
اختاره في اول باب نكاح المماليك وقد بينا ما فيه وقوله ويرجع بما غرمه ظاهره يتناول الرجوع بجميع المهر
وقد سبق قبل العيوب في كلامه اشكال في الرجوع بما زاد على مهر المثل وهو آت هنا وكذا يشمل الرجوع بالنفقة
فانها من جملة ما غرمه وذلك مع فساد النكاح ظاهر اما مع صحته فمحتمل واما قيمة الولد فيرجع بها البتة له
لان لزومها محض تخسير لان الزوج لم يدخل في العقد على ان يضمنها   ولو لم يشترط الحرية بان تزوجها على
انها حرة فخرجت امة فكما تقدم ولو تزوج لا على انها حرة ولا شرطها فلا خيار هنا مسألتان   اذا تزوج امرأة
على انها حرة ولم يشترط ذلك في العقد فحكمها حكم من شرط حريتها في العقد ويتحقق تزوجها على ذلك بان
يقول المتولي للنكاح في معرض الترغيب فيه للزوج فلانة حرة فيتزوجها ونحو ذلك ثم يترتب عليه تزوجها
بخلاف ما لو اخبر بذلك لا للتزويج فاتفق تزوج السامع بها او اخبر به المتزوج لكن لعل الزوج على ما ذكره
المص في الضابط سابقا ويلوح من اطلاق عبارة المص انه لا دخل لاتصال العقد بهذا القول وانفصاله عنه في ثبوت
التدليس وعدمه وهو متجه بل ينبغي ان يكون المعتبر ان يكون لذلك دخل في حصول النكاح وظاهر قول المص
فكما تقدم ثبوت خيار الفسخ مع صحة النكاح بالشروط المتقدمة ووجوب المهر بالدخول المسمى مع الصحة
ومهر المثل مع الفساد والرجوع بالمهر على المدلس على حد ما سبق   اذا تزوجها لا على انها حرة على ما ذكره
في المبحث السابق ولا شرط الحرية في العقد على ما ذكر في المبحث الذي قبله وكان ممن يجوز له نكاح الامة فالنكاح ح
صحيح ولا خيار له لانتفاء المقتضي وانما يستقيم ذلك اذا كان التزويج باذن المولى ليكون العقد صحيحا فان
كان بغير اذنه ولم يرض وحصل الدخول فالمناسب ان له الرجوع بالمهر على من زوجه بها مع علمه بحالها لانه
انما دخل على ان النكاح صحيح مستمر وان المهر في مقابل ملك منافع البضع وقد فات بذلك لعدم اعلامه
بالحال وايقاعه في نكاح فاسد يوجب الغرم ولو كانت هي المتولية لذلك او الباعثة عليه لمن يجهل حالها
فليس يبعد ان يكون الرجوع عليها اذا اعتقت ولو كان التزويج باذن السيد في الفرض المذكور لكن الزوج
ممن لا يحل له نكاح الامة ففي ثبوت التغرير بحيث يرجع يرد دينسا ممن تغرره حيث زوجه امة قبل ان
يعلم ان نكاحها جائز ومن ان ذلك مستند الى تقصيره بترك السؤال عن حال الزوجة وانه يجوز له نكاحها
وليس هذا من الامور الظاهرة التي يعلمها عامة الناس ليكون التقصير من الزوج كما لو زوجه امرأة فظهر
كونها محرما وهي لا تعلم حالها   ويثبت الخيار مع رقية بعضها ويرجع بنصيبه من المهر خاصة فان كانت

هي المدلسة رجع بنصفه معجلا ويتبعها بالباقي مع عتقها اجمع كما يكون التدليس للامة المحضة ويترتب عليه الاحكام
السابقة كذا يكون التدليس للتي بعضها حر وبعضها رقيق ويترتب عليه احكامه فلو تزوج المبعضة بشرط
كونها حرة او لم يشترط الحرية في العقد لكن تزوجها على ذلك ثبت الخيار لا محالة كما في الامة المحضة سواء لكنه
هنا انما يرجع بنصيب الرقية من المهر فلو كان نصفها حرا رجع بنصف المهر خاصة لان النصف الحر لم يقع
فيه تدليس لصدق الخبر بالنسبة اليه فان الاخبار بحريتها يتضمن حرية ذلك النصف فلا يرجع بنصيبه من
المهر وهكذا حكم ما غرمه من النفقة وقيمة الولد فان كان المدلس اجنبيا رجع عليه به وان كانت هي رجع
عليها بنصف نصيب الرقية معجلا باعتبار نصفها الحر ويبقى نصفه الآخر يتبع اذا اعتق باقيها وذلك لان المرجوع ع
عليها به وهو نصف المهر في هذه الصورة يجب توزيعه على ما فيها من الحرية والرقية لان الاتلاف بالتدليس مستند
الى مجموعها فيوزع على كل منهما مقتضاه ولو كان ما فيها من الرقية زائدا على النصف او ناقصا عنه فنصيبه
من المهر بحسبه ومما ذكرناه يعلم ان الضمير في قوله بنصيبه يعود الى الرق المدلول عليه بما قبله وان الضمير في قوله
بنصفه يعود الى النصيب اعني نصيب الرق واعادته الى المهر غلط ظاهر لمنافاة ذلك قوله ويرجع بنصيبه
من المهر خاصة ولا يخفى انه انما يرجع عليها بنصف الرقية معجلا ويتبعها بنصفه الآخر اذا كان نصفها حرا
والنصف الآخر رقا اما لو كان ثلثه حرا رجع عليها معجلا بثلثي نصيب الرقية من المهر ويتبعها بالثلث الآخر خ
وانما اطلق المص الرجوع بنصف النصيب معجلا ولم يجر في كلامه ذكر لكون بعضها الرق هو النصف اعتمادا على
ظهوره حيث ان البعض المذكور في كلامه يشمله وانما اقتصر على بيان حكم ما اذا كانت هي المدلسة لما فيه من الخفي
باعتبار كون بعض الرجوع به معجلا وبعضه ينتظر به عتق باقيها اما اذا كان المدلس غيرها فان حكمه معلوم
مما سبق والمهر المذكور هو المسمى ان كان النكاح برضى المولى والا فمهر المثل ولقائل ان يقول ان الذي يساق
اليه النظر هنا هو الرجوع بمجموع المهر وذلك لان التدليس المذكور افضى الى فسخ النكاح المقتضي لفوات المعوض
جميعه والعوض المأخوذ في مقابله فينبغي الرجوع بجميعه كما لو كانت كلها رقيقة وظاهر قوله ع المغرور يرجع على
من غره يتناول ذلك ولما كان المقصود والمفهوم من حريتها حرية جميعها لان ذلك هو المطلوب في النكاح كان
رق البعض موجبا لكذب الخبر فلا يتم ما ذكره   ولو تزوجته على انه حر فبان عبدا فلها الفسخ وان كان بعد
الدخول ولها المهر بعده لا قبله وكذا لو شرطت الحرية ولو ظهر بعضه مملوكا فكذلك ولو ظهر معيبا فلا خيار
لو تزوجت المرأة رجلا على انه حر فبان عبدا فلها الفسخ لظهور نقصه سواء شرطت حريته في نفس العقد
او عولت على اخباره قبل العقد بكونه حرا او اخبار وكيله ولا فرق في ذلك بين الدخول وعدمه ويثبت لها المهر
بعد الدخول لان الوطء المحترم لا يخلو من مهر فان كان النكاح برضى السيد كان لها المسمى عليه والا كان لها مهر المثل

بتبع به العبد اذا اعتق اما لو فسخت قبل الدخول فانه لا مهر لها لان الفرقة من قبلها ولو ظهر بعضه مملوكا فالحكم في الفسخ
والمهر كما لو ظهر رق جميعه اما لو ظهر معتقا فانه لا خيار لها لانتفاء المقتضى وهو فوات الشرط وينبغي ان تكون
المسألة مفروضة فيما اذا كانت الزوجة حرة بدليل قوله فلها الفسخ لانها لو كانت امة لم يكن لها فسخ والمهر هو
لمولاها فانه لو اراد تزويجها بعبد لم يكن لها الامتناع ويعلم من قوله وكذا لو شرطت الحرية ان المراد من قوله ولو
تزوجته على انه حر الاستفاد في ذلك الى قوله او قول وكيله قبل العقد من غير اشتراط فيه ولا ريب انه لو قدم الاشتراط ط
لكان اولى فلو تزوجها على انها بنت مهيرة فخرجت بنت امة قيل كان له الفسخ والوجه ذلك مع الشرط
لا مع الاطلاق ولا مهر قبل الدخول وبعده يرجع على المدلس ابا كان او غيره ولو كانت هي المدلسة رجع عليها بما
دفعه منه الا باقل ما يمكن ان يكون مهرا ولو خرجت بنت معتقة فاشكال فسر اهل اللغة المهيرة بوزن فعيلة
بانها الحرة قال في القاموس المهيرة هي الحرة الغالية المهر وقال الجوهري المهيرة هي الحرة كانه لحظ في الاشتقاق
انها لا توطأ الا بمهر بخلاف الامة فانها توطأ بالملك اذا عرفت ذلك فهنا مسألتان اذا تزوج الرجل امرأة على انها
بنت مهيرة فخرجت بنت امة فقد قال الشيخ في النهاية ان له ردها ثم ان لم يكن دخل بها لم يكن عليه شيء وكان المهر
على ابيها وان كان قد دخل بها كان المهر عليه بما استحل من فرجها وتابعه ابن البراج على ذلك الا في ايجاب المهر على
ابيها مع عدم الدخول رواية وكذا ابن ادريس الا انه صرح بان المهر المستحق لها بالدخول يرجع به على ابيها وذهب العلامة
هنا في المختلف وغيرهما الى انه شرط في العقد ذلك كان له الفسخ والا فلا وهو الاصح لنا عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود
وجه الاستدلال به اما مع الشرط فظاهر لانه جزء من العقد واما مع عدمه فلانه خارج عنه وانما يجب الوفاء بالعقد
لا بما خرج عنه وقوله عم المؤمنون عند شروطهم وجه الاستدلال به انه يدل على استحقاق المشروط فاذا انتفى بعض
المعقود عليه وبفواته يثبت الخيار حيث لم يقتض البطلان ولان الشرط يقلب العقد اللازم جايزا والا انتفت
فايدته وهو معلوم البطلان اما عدم الاشتراط في العقد فلا فسخ وان ذكر قبل العقد وجرى العقد لان الاصل
في النكاح اللزوم وثبوت الخيار يحتاج الى دليل ولم يثبت كون ذلك موجبا للفسخ فيجب التمسك بالاصل احتج الشيخ
ومن تابعه بما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عم قال سألته عن رجل خطب الى رجل بنتا له من مهيرة فلما كان ليلة
دخولها على زوجها ادخل عليه بنتا له اخرى من امة قال ترد على ابيها وترد عليه امرأته ويكون مهرها على ابيها
قال في المختلف في وجه الاستدلال بالرواية للشيخ واذا كان ضامنا في هذه الصورة كان ضامنا في المتنازع لعدم
التفاوت ولقائل ان يقول ان الذي اراده الشيخ امران احدهما انه اذا تزوج امرأة على انها بنت مهيرة ثبت الخيار
اذا ظهرت بخلاف ذلك والثاني انه اذا لم يدخل بها يجب مهرها على ابيها ولم يتعرض في الاستدلال الى الامر
الاول اصلا واما الامر الثاني فان الرواية لا تدل عليه لانها مشعرة بان الزوج دخل ببنت الامة حيث انها

اذا لم يكن دخل بها فانه لا شيء عليه اصلا وكذا لو طلب الثاني الكمال عن الامة جعل المهر على الابن

ادخلت على الزوج في الليلة المعدة للدخول زوجته عليه فلا يبعد ايجاب المهر على الاب في هذه الحالة لتدليسه وثبوت الرجوع
به عليه واين هذا من ذاك الصورة بحالها ولو ظهرت بنت معتقة ففي ثبوت الخيار مع الشرط اشكال ينشأ من ان المعتقة
حرة فيكون الوصف المشترك في ابنتها حاصلا ومن ان بنت المعتقة يصدق عليها انها بنت امة باعتبار ما كانت
عليه امها لان المشتق يصدق وان انقضى المشتق منه ويرجح الاول بان تقييد اهل اللغة المهيرة بالحرة يدل على
هذه فانهم لم يقيدوا بكونها حرة في الاصل فيجب حمله على ظاهره ويؤيده ان ثبوت الخيار في النكاح على خلاف الاصل
فلا يثبت الا بدليل وهو منتف في محل النزاع وهو اقوى ثم ارجع الى عبارة الكتاب وتنبه لامور المراد من قول المص
الوجه ذلك مع الشرط بثبوت الخيار في الصورة المذكورة مع اشتراط ذلك في العقد لا مع اطلاق العقد وخلاه
من هذا الشرط سواء اخبرت به هي او وليها قبل العقد ام لا وهذا مخالف لما ذكره سابقا في ضابط التدليس لانه
جعل الاخبار بالكمالية من الولي او المرأة تدليسا وذكر في ترجيحها مطلقا اشكالا ومخالفته ظاهرة قوله ولا
مهر قبل الدخول يريد به انه اذا فسخ في موضع الشرط اما بعد الدخول فانه يجب المسمى على الاصح بدفعه الى الزوجة
ويرجع بجميعه على المدلس سواء كان اباها او غيره ولو كانت هي المدلسة فان لم يكن دفع اليها شيئا من المهر وجب
ان يدفع اليها اقل ما يصلح جعله مهرا دون ما عداه لوقوع القصاص في الزائد وان كان دفع اليها شيئا منه
رجع به الا اقل ما يجعل مهرا على ما تقدم غير مرة الضمير في قوله ولو خرجت معتقة يعود الى الزوجة
على انها بنت مهيرة ولا يخفى ان الاشكال انما هو مع الشرط لا بدونه لانه قد افاد انها لو خرجت بنت امة
لا فسخ مع عدم الاشتراط فاذا خرجت بنت معتقة لم يثبت الفسخ بطريق اولى ولو ادخل بنته من الامة
على من زوجه بنت مهيرة فرق بينهما ولها مهر المثل ويرجع به على السابق ويدخل على زوجته اذا اجرى العقد
على بنت المهيرة بعينها ثم ادخلت عليه بنت الامة فان دخل بها وجب لها بالدخول مهر المثل ان لم تكن عالمة بانها
غير الزوجة او علمت ذلك وجهلت التحريم والا فهي زانية لا مهر لها فان كان قد دفع اليها المهر نظر فان طابق مهر المثل
فلا بحث وان نقص اكمله وان زاد استرد الزائد ومع علمها بالتحريم يسترد الجميع ثم يرجع به على من دلسها ولو
اتفق تدليسها نفسها او علم علمها بالتحريم رجع عليها بما دفعه اليها الا اقل ما يصلح مهرا وان لم يكن دفع شيئا لم
يجب لها الا ذلك واما الزوجة فانها على نكاحها يجب تسليمها اليه ويستحق عليه ما سمى لها ولا يختص هذا الحكم ببنت المهيرة
وبنت الامة بل كل من عقد له على امرأة فادخلت عليه غيرها حكمها ما ذكرناه سواء كانت اعلا من الزوجة او دون
والى هذا اشار وكذا كل من ادخل عليه غير زوجته فظنها زوجته سواء كانت اعلا او دون وانما قيد بقوله
فظنها زوجته لانه لو علم انها غيرها وهي جاهلة ثم دخل بها وجب عليه مهر المثل لها ولم يرجع به على احد لانتفاء الغرور
والى هذا اشار ولو دخل مع العلم لم يرجع على احد ولو شرط البكارة فان ثبت سبق الثيوبة فالاقرب ان له

الفسخ ويدفع المهر ويرجع به على من دلسها فان كانت هي رجع الا باقل ما يمكن ان يكون مهرا وان لم يثبت فلا فسخ
لاحتمال تجدده بسبب خفي وقيل له نقص شيء من مهرها وهو ما بين مهر البكر والثيب عادة اذا تزوج امراة
على انها بكر فظهرت ثيبا ففي ثبوت الفسخ بذلك وعدمه خلاف وعلى القول بعدم ثبوت الفسخ فهل له ان ينقص
شيئا من مهرها خلاف ايضا وتحقيق ذلك يقع في مقامين الفسخ وقد نفاه ابو الصلاح فانه قال اذا تزوج
بكرا فوجدها ثيبا فاقرت الزوجة بذلك او حسبت او قامت به البينة فليس عيب يوجب الرد ولا انتقاصا في المهر
وهذا هو الظاهر من كلام جميع الاصحاب الا ان عباراتهم مطلقة ليس فيها تصريح باشتراط ذلك في العقد ولا
بعدمه والذي يلوح من عبارة ابي الصلاح ان نفي الفسخ ليس مع اشتراط بكارة فتظهر الثيوبة وانما هو لكون
الثيوبة ليست عيبا فان الفسخ بالعيب لا يتوقف على اشتراط السلامة والظاهر ان هذا هو مراد الاصحاب
لكنهم سكتوا عن حكم الاشتراط قال المص في المختلف وابو الصلاح ان قصد التزويج بالبكر مع عدم شرط البكارة
فهو مسلم وان قصد ذلك مع اشتراط البكارة فهو ممنوع وهذا الكلام يدل على ان عبارته محتملة ولا شك عندنا في
الاحتمال الا انها اظهر في عدم الاشتراط كما قلناه اذا عرفت ذلك فاعلم ان المص ذهب الى ثبوت الفسخ مع الاشترا ط
كما صرح به في ف والارشاد وقرب به هنا وقيده بثبوت سبق الثيوبة على العقد بطريق شرعي وتبعه جملة المتاخرين
عنه وهو الاصح لعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله عم المؤمنون عند شروطهم ولان ذلك فائدة الشرط فلولاه
لكان ذكره لغوا وهو باطل ويحتمل العدم تمسكا بلزوم العقد وهو ضعيف لان الشرط السابق اخرجه عن اللزوم
ولا ريب ان الفسخ انما يثبت اذا علم سبق الثيوبة على العقد كما ذكره وانما يثبت باقرارها او البينة الشرعية او ما
جرى مجراهما فلو لم يثبت ذلك فلا فسخ لامكان تجددها بسبب خفي كالعلة والنزوة وهو عرضة فان الشرط فمتى
ثبت الخيار وفسخ قبل الدخول فلا مهر وبعده يجب لها المسمى ويرجع به على المدلس وهو العاقد العالم بحالها
والا فعليها لكن هنا يستثنى لها اقل ما يمكن ان يكون مهرا وقد سبقت هذه الاحكام غير مرة   حيث لا فسخ فهل
ينقص من مهرها شيء فيه قولان احدهما العدم صرح به ابو الصلاح وهو اللائح من قول ابن البراج جاز ان ينقص
من مهرها شيئا وليس ذلك بواجب ووجهه ان العقد اقتضى وجوب جميعه والاصل بقاؤه والثاني انه ينقص
واختلفوا في قدره على اقوال   انه ينقص شيء في الجملة صرح به الشيخ في يه وابن البراج لرواية محمد بن جزك قال
كتبت الى ابي الحسن عم رجل تزوج جارية بكرا فوجدها ثيبا هل يجب لها الصداق وافيا ام ينقص قال ينقص
وجه الاستدلال به انه لا بد من اضمار مفعول لينقص والمناسب تقديره لفظة شيء لا قدرا ما لاقتضاء المقام اياه
ان ينقص السدس ذكره الراوندي في شرح مشكل النهاية لان الشيء في عرف الشرع السدس لما ورد في الوصية
وغلطه المحقق نجم الدين في النكت بان الشيء لم يذكر في الرواية وانما وجب تقديره لاقتضاء المقام اياه والذي نقله

هو الشيء المنكر لانه الذي تقتضيه المقام لا الشيء الذي هو السدس لان ذلك معين ولا دليل عليه ولو سلم فكون الشيء
السدس في الوصية لا يقتضي كونه كذلك في كل موضع لانتفاء ذلك في الاقرار وغيره   انه ينقص منه مقدار ما
بين مهر البكر الى الثيب اختاره ابن ادريس واعترض السيد الفاضل الشارح بانه ربما ادى الى سقوط المهر راسا
لان التفاوت بين المهرين قد يكون بقدر المسمى فان مهر مثلها بكرا ربما كان خمسين وثيبا اربعين والمسمى عشرة
فاذا نقص قدر التفاوت سقط المسمى واجيب بان المراد النقص بنسبة التفاوت الى مهر البكر وهي الخمس فينتقص
في الفرض المذكور ديناران او ان المراد نقص شيء من المسمى لها باعتبار كونها تقتضي نظر العقلاء نقصه باعتبار
ظهور ثيوبتها وهذا الذي اراده المص بقوله في الكتاب وهو ما بين مهر البكر والثيب عادة واختاره في التحرير احاله
تقديره ذلك على نظر الحاكم لانتفاء تقدير النقص وتفسير اللفظ الوارد به لغة وشرعا فيرجع به الى راي الحاكم
وهو قريب مما ذكره المص اذا عرفت ذلك فاعلم ان اطلاق كلامهم يقتضي ثبوت النقص سواء علم سبق الثيوبة ام لا
وكلام المحقق في النكت صريح في ذلك وهذا الحكم مشهور بين الاصحاب والذي يقتضيه الدليل عدم نقص شيء كما يراه
ابن الصلاح الا ان مخالفة الاصحاب لا يخ من شيء فان قلنا به فكلام المحقق قريب   ولو تزوج متعة فبانت كتابية
او دواما على راي من سوغه فلا الا ان يطلق او يهب المدة ولا يسقط من المهر شيء   اي لو تزوج امراة بظن انها
مسلمة او على انها مسلمة لكن لم يشترط اسلامها في العقد فظهرت كتابية والنكاح متعة على راي المص ومن جرى
مجراه في القول بمنع نكاح المسلم الكتابية دواما ويجيز المتعة او دواما على قول من جوز نكاحها دواما ولما كان هذا
غير مرضي عند المص بناء على راي من سوغه ليستقيم الحكم لان اثبات الفسخ ونفيه فرع صحة النكاح في نفسه كما لا يخفى
لم يثبت للزوج بذلك فسخ لان عدم الاسلام في الزوجة لا يعد عيبا بالنسبة الى النكاح ولا ينقص بسببه الاستمتاع
فلا ينقص من المهر بسببه شيء بخلاف ما اذا تزوج على انها بكر فظهرت ثيبا فان قيل قوله الا ان يطلق او يهب المدة
استثناء مما ذا قلنا هو استثناء من محذوف تقديره فلا فسخ في حال من الاحوال الا في حال طلاقه اذا كان النكاح دوا ما
او هبته المدة اياها اذا كان النكاح متعة فهي مع ما قبله لف ونشر غير مرتب ويمكن ان يكون استثناء منقطعا
والمعنى فلا فسخ على حال لكن له ان يطلق او يهب المدة فان قيل ما الباعث عليه قلنا لما كان نفي الفسخ يقتضي العموم
بين ان المراد نفي الفسخ بغير الطلاق وهبة المدة فان قيل فيتوهم من عموم نفي الفسخ عدم ثبوته لو كان ثم احد
العيوب الموجبة له او غير ذلك من اسبابه قلنا نعم هذا الوهم مدفوع بان ظاهر المقام انتفاء سبب اخر من اسباب
الفسخ او ما يتوهم بسببه ثبوت الفسخ سوى كفر الزوجة فلا حاجة الى التحرز واما ابانة النكاح بالطلاق وهبة
المدة فانه منوط باختيار الزوج متى شاء فحسن التعرض اليهما ولو شرط في العقد اسلام الزوجة وقد نكحها متعة
على ما اختاره المص او دواما على راي من سوغه للكتابية ثم ظهرت كتابية له الفسخ لفوات الشرط المقتضي لتزلزل

العقد وقد

العقد وقد ذكرنا التوجيه في نظايره غير مرة ولما قدّمنا في تصوير المسئلة بكون النكاح متعة عند المص دواما على
راي من سوّغ ان ثبوت الفسخ فرع صحة العقد في نفسه وقد ذكره المص في تصوير اصل المسئلة والى هذا القسم
اشار المص ولو شرط الاسلام فله الفسخ اي ولو شرط الاسلام في هذه الصورة المفروضة في نفس العقد فظهرت
كتابيّة فسخ ان شاء ولو ادخلت امراة كل من الزوجين على صاحبه فوطئها فلها المسمى على زوجها ومهر المثل
على واطئها وتردّ كل منهما على زوجها ولا يطاها الا بعد العدة ولو ماتتا في العدة او مات الزوجان ورث كلا
زوجته وبالعكس قال الشيخ في النهاية اذا عقد الرجلان على امراتين فادخلت امراة هذا على هذا والاخرى
على الآخر ثم علم بعد ذلك فان كانا قد دخلا بهما فان لكل واحدة منهما الصداق فان كان الولي تعمد ذلك اغرم
الصداق ولا يقرب كل واحد منهما امراته حتى تنقضي عدتها فان ماتتا قبل انقضاء العدة فليرجع الزوجان
بنصف الصداق على ورثتهما ويرثانهما الزوجان وان مات الزوجان وهما في العدة فانهما يرثانهما ولهما المسمى هذا كلام مه
قال ابن ادريس الصحيح من الاقوال ان لموت احد الزوجين اما المراة او الرجل يستقرّ جميع المهر كملا سوى
دخل بها الرجل ام لا احتج الشيخ برواية جميل بن صالح عن بعض اصحاب ابي عبد الله عم في اختين اهديتا
الى اخوين في ليلة فادخلت امراة هذا على هذا وادخلت امراة هذا على هذا قال لكل واحدة منهما الصداق
بالغشيان وان كان وليهما تعمد ذلك غرم الصداق ولا يقربها واحد منهما امراته على تنقضي العدة فاذا انقضت
العدة صارت كل واحدة منهما الى زوجها بالنكاح الاول قيل له فان ماتتا قبل انقضاء العدة قال فقال يرجع جه
الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما ويرثانهما الرجلان والاصح وجوب المهر كملا والرواية ضعيفة وحملها
المص في المختلف على ان المراتين ليس لهما ولد فيرجع الزوجان بنصف المهر اذا كانا قد دفعاه على سبيل
الميراث ثم تنبه لامور استحقاق كل من المراتين على من ادخلت عليه مهر المثل انما هو مع الوطي للشبهة لا
بدونه وهو ظاهر وكذا وجوب العدة انما هو مع الوطي لا بدونه فترد كل منهما على زوجها بغير عدة ولو وطئت
احديهما خاصة اختص الحكم بها انما يجب لها المهر المذكور بالوطي اذا لم تعلم بالتحريم اما بان تجهل كون الزوج
غيرها او تعلم وتجهل تحريم الوطي فلو علمتهما فلا شيء لها لانها بغي ولا اعتبار بعلم الزوج وعدمه اما العدة فان هي بها
تتحقق بجهل احدهما لكون الوطي من طرفه محترما يرجع كل من الزوجين بما غرمه من مهر المثل على الولي
وفي الرواية التقييد بتعمده وكذا في عبارة الشيخ مما سبق ذكره وينبغي ان يقال ان تعمد الولي والزوجة
او كانا معا جاهلين فالغرم عليها دون الولي لان سببها اقوى ثم يستثنى لها اقل ما يصلح مهرا وان جهل
احدهما خاصة فالغرم مختص به فان تعددت هي فلا بد من استثناء الاقل ولو علم الزوج بالحال وجهلت
المراة غرم مهر المثل ولا يرجع به على احد وينبغي تامل هذا التفصيل لاني لم اجد به قايلا لو مات احد

الزوجين ورثه الآخر سواء كان في عدة الشبهة ام لا وقول المص ولو ماتتا في العدة الخ يوهم ان لهذا دخلا في الارث
وليس كذلك والمص يتبع في ذلك عبارة بعض لفظ الرواية ولا يلزم منه تخصيص لان السؤال وقع عن حكم موتهما
في العدة فكان الجواب على طبقه ولو اشتبه على كل منهما زوجته بالاخرى قبل الدخول منع منهما والزم الطلاق ق
ولا يحسب في الثلث ويلزم بنصف المهر فيقسم بينهما بالسوية ان تداعياه او يقرع فيه او يوقف حتى يصطلحا
ويحرم على كل واحد منهما ام كل واحد منهما ويحرم كل منهما على اب الزوج وابنه والمراد كالمهر ويحتمل القرعة عد
ابتداء اذا عقد رجلان على امرأتين لهما ثم اشتبهت زوجة كل واحد منهما بالاخرى فبيان احكامهما
في مسائل تحريمهما على الزوجين فان الزوجة اذا اشتبهت بالاجنبية حرمتا لوجوب اجتناب الاجنبية ولا يتم الا
باجتنابهما ولا يرتفع بذلك النكاح قطعا وانما يحرم الاستمتاعات التي شانها ان تحل به وكذا النظر واللمس وما
جرى مجراهما فعلى هذا لو لم يكونا قد دخلا بهما فذلك منعا من الدخول لا محالة يحرم كل واحدة منهما ام كل واحد ة
منهما وكذا غير الام ممن اقتضى النكاح تحريمها بالمصاهرة عينا او جمعا لان المقتضي للتحريم وهو النكاح حاصل
والاشتباه لا يمنع تاثيره واجتناب ام الزوجة لكل منهما لا يتم الا باجتنابهما وكذا البواقي وكذا يحرم كل منهما على
اب كل من الزوجين وابنه لمثل ما ذكرناه الزام كل من الزوجين بالطلاق بمعنى وجوب ذلك لظاهر قوله تع
فامساك بمعروف او تسريح باحسان وقد تعذر الاول فتعين الثاني والمراد به الطلاق فيكون واجبا فان
امتنع منه اجبر عليه ولا يقدح في صحته لان الاجبار شرعا لا ينافي الصحة كما في اجبار المديون اذا امتنع من
البيع وتوقف الاداء عليه ويتحقق الطلاق بان يطلق كل منهما زوجته من المرأتين او يطلق كل واحد منهما بعينها
فيقع الطلاق على الزوجة ويبطل في الاجنبية ويحتمل عدم وجوب الطلاق للاصل ولا نسلم ان الامساك بمعروف
متعذر للاشتباه ولو سلم فلا نسلم تحتم الثاني لجواز ان يراد من الآية وجوب احد الامرين مع القدرة لامتناع ع
التكليف بدونها ولا تعلق له بحال التعذر فيجب ح القرعة لانه امر مشكل وفي كل مشكل القرعة كما ورد به
النص فمن عينت القرعة زوجيته تعين وثبت له احكام الزوجية وهذا هو المراد من قول المص ويحتمله
القرعة ابتداء اي في اول الامر من حين حصول الاشتباه ويحتمل ان يقال يلطف بهما فان طلقا وقع والا
سلطنا المرأتين على الفسخ او فسخ الحاكم كما سبق في تزويج الوليين المرأة لرجلين مع نسيان السابق من
العقدين وقد سبق تحقيق ذلك كله اذا تقرر ذلك فلو طلق كل منهما لم يكن الطلاق محسوبا في الثلث بمعنى
انه لو تزوج بعد ذلك لا يكون معه طلقتين بل الثلث بحالها كذا ذكره المص ومراده انه اذا تزوج واحدة
منهما لانه انما طلق الزوجة ولم تكن زوجيتها معلومة بالنسبة اليه والاصل عدمها وكذا الاصل بقاء الحل الى
التطليقة الثالثة اما لو تزوجهما معا حيث يجوز له جمعهما ثم طلقهما اثنين فقد استكمل احدهما الثلث قطعا

لان احدهما

لان احدهما كانت زوجة حين الطلاق وقد حصل الاشتباه فيحرمان كما لو اشتبهت الزوجة بالمطلقة الا بالمحلل
فلو تزوجهما ثم طلقهما بعد ذلك افتقر الى المحلل ايضا لان الاخرى قد استكملت الثلث وهي مشتبهة الا على القول
بالتحليل يهدم مادون الثلث اذا وقع الطلاق بين كل منهما لكل من الزوجين قبل الدخول لزم كل منهما نصف
المهر لان ذلك مقتضى الطلاق فان تساوى المهران جنسا وقدرا وصفة وتسليما فالحكم ظاهر فان كل واحدة
منهما تاخذ نصفا وان اختلف الجنس كالذهب والفضة او القدر كمائة وخمسين او الوصف كالجيد والردى او
تعذر الاستيفاء من احدهما لاعساره دون الآخر فاما ان يعلم كل من الزوجين ما عليه ثم الزوجتان وان جهل
مستحقه او لا فان علما اختلف الجنس او الوصف خاصة ادى كل واحد نصف ما عليه ثم الزوجتان اما ان تدعي
كل منهما زوجية احدهما او استحقاق نصف معين او احدهما او لا تدعيا شيئا للاشتباه عليهما فان تصادمت
دعواهما في نصف بخصوصه ففيه ثلثة اوجه اقتسامه لانتفاء المرجح وتحلف كل منهما للاخرى او القرعة لانه امر
مشكل او الايقاف حتى يصطلحا لتعذر الوقوف على مستحقه ولا مخرج سوى الصلح لكن مع الاقتسام يجعل النصف
الآخر عند الحاكم كسائر الاموال المجهولة الملاك ولو رجعت احداهما الى دعوى النصف الآخر بعد سماعها اذ ليس
فيها الاكذاب دعواها الاولى ولم يسمعها لانه لا يزيد على الكذاب المقر له الاقرار ثم يرجع الى التصديق فترد ما اخذته
على الاخرى ويسلم اليها النصف الثاني لانحصاره فيهما فان الاولى قد دفعته عن نفسها وان حكمنا بالقرعة فمن خرج
اسمها استحقت فيتعين للاخرى النصف الآخر وان ادعت كل واحدة غير ما ادعته الاخرى دفع الى كل منهما ما
تدعيه لانحصار الاستحقاق فيهما وانتفاء التنازع بينهما وان ادعت احداهما معينا وشكت الاخرى دفع الى المدعية
ما ادعته لانتفاء المنازع وامكان صدقها ويحتمل في النصف الآخر دفعه الى الاخرى لانحصار الحق فيهما وقد نفته
المدعية عن نفسها فانحصر استحقاقه في الاخرى وان شكتا معا ولم تدع واحدة منهما شيئا معينا فقد قال الشارح
الفاضل ولد المص انه اما ان يقسم كل نصف بينهما نصفين او يقرع بينهما او يوقف الحال في كل نصف حتى يصطلحا
وليس بجيد لان اقتسامهما كلا من النصفين يقتضي اعطاء الحق لغير مستحقه قطعا للقطع بان كل نصف لواحدة
لا يشاركها فيه الاخرى وليس هذا مثل قسمة احد النصفين بينهما عند التداعي لاستوائهما في المقتضي للاستحقاق
وهو التداعي هناك بخلاف ما هنا فيكون فيه احتمال القرعة والايقاف الى الصلح خاصة ومثله في الفساد بعد تداعيهما
احد النصفين بعينه وقسمته بينهما في النصف الآخر لو ادعتاه اقتسمت الحق وذلك بعد تداعيهما احد النصفين بعينه
لان كل نصف لواحدة فكيف يمكن قسمته لكل منهما او تسلط من لا يستحق على مال غيره وفيه فساد آخر وهو انه دعوى
واحدة نصفا معينا انما يكون اذا ادعت زوجية من وجب عليه ذلك النصف فكيف يتصور زوجية كل منهما
لكل من الزوجين ومثله في الفساد دعوى كل واحدة منهما كل واحدة من النصفين اقتراحا او لو حمل على رجوعهما

عن الدعوى الاولى الى هذه بعد حكم الحاكم ففي السماع احتمال هذا حكم ما اذا اختلفا جنسا او وصفا فان اختلفا قدرا
واتحد الجنس دفع كل من الزوجين بقدر نصف المهر الاقل فيقسم بينهما ويبقى نصف الزيادة يوخذ ممن وجب
عليه فان ادعتاه جرت فيه الاحتمالات الثلثة وان ادعته احديهما او لم تدعه واحدة منهما فالحكم معلوم مما سبق
وان كان الاختلاف بين المهرين باعتبار لزوم التسليم وعدمه اخذ النصف المعجل ويجري فيه ما سبق باعتبار
التداعي وعدمه ويبقى النصف المختلف الى حصوله يستفاد احكامه مما سبق وان جهل كل من الزوجين ما عليه
بخصوصه فان اتحد الجنس واختلف القدر اخذ من كل منهما بقدر نصف الاقل وبقي نصف الزائد ان تبرع
به احدهما فلا بحث والا كان حقا مجهول المحل والمستحق منحصرا في اثنين ولو اختلف الجنس او الوصف فالحكم في مجموع
النصفين مثل ما قلناه انفا في الزيادة وكذا الحكم لو كان جهة الاختلاف بين المهرين وجوب التسليم وعدمه فقط فان
المطالبة باحد النصفين متعذرة الى حين حصول وقت استحقاق الآخر ولو ادعت احدى الزوجتين على احد
الزوجين باحد الجنسين المختلفين انها تستحقه عليه فالذي يقتضيه الاصل عدم الاكتفاء بقوله لا اعلم بل يكلف الجواب
على البت فان لم يحلف حلفت واستحقت فان ادعت الاخرى بعد يمينه للاولى سمعت الدعوى وكلف الجواب
الى آخر ما سبق وان كان بعد يمينها فقد سبق في الشفعة في نظير هذه المسئلة في الفصل الخامس في التنازع
قبل قوله ولو اختلف المتبايعان في الثمن عدم سماع الدعوى الاخرى لئلا يلزم الحكم ببطلان القضاء الاول فيجي مثله
ههنا وينبغي تامل هذا المبحث خصوصا هذه الاحكام الاخيرة فاني لم اقف عليها في كلام احد واعلم ان احكام الميراث
اذا مات احد الزوجين او الزوجتين او هما حكم المهر في التداعي اما القسمة او القرعة او الاتفاق ثم اعلم ان قول المص
ويلزم بنصف المهر معناه ويلزم كل منهما بنصف المهر فيكون الواجب النصفين وقوله فيقسم بينهما ان عاد
الضمير الى كل منهما فهو مشكل لامتناع ادعاء كل من الزوجتين لكل من النصفين وعوده الى النصف الواحد خلاف
الظاهر ومع ذلك فلابد من التقييد بما اذا اختلف المهران باحد الامور السابقة وتحقق كل من الزوجين ما عليه
فاطلاق العبارة لا يخلو من شيء ويثبت المسمى في كل وطي عن عقد صحيح وان الفسخ بعيب سابق على الوطي او العقد
ومهر المثل في كل وطي عن عقد باطل في اصله لا المسمى وجهه ان الموجب للمهر المسمى هو العقد الصحيح على ما سياتي
بيانه ان شاء الله تع والفسخ لا يرفعه من اصله وانما يبطله من حين وقوع الفسخ وان كان بعيب سابق على
العقد وقول الشيخ والشافعي يوجب مهر المثل ضعيف اما اذا كان العقد فاسدا فانما يجب بالوطي فيه مهر المثل
دون المسمى لان الفاسد لما لم يترتب عليه اثره كان وجوده كعدمه ومع الوطي يجب عوض المثل لمنفعة البضع وذلك
مهر المثل وقد سبق في نكاح المماليك قول جمع من الاصحاب بوجوب المسمى فيما اذا تزوج الحر امة بغير اذن مالكها ووطئ
قبل الرضى وقد ذكرنا ما فيه هناك واذا انتفى الوطي فان كان العقد فاسدا فلا شيء لانتفاء المقتضي وان كان صحيحا

مهر

ووقعت الفرقة بفسخ فلا شيء ايضا الا في العنة فيجب نصف المهر كما سبق وكذا اذا طلق قبل الدخول لو شرط الاستيلاد
فخرجت عقيما فلا فسخ لامكان تجدد شرط في الشيخوخة وعدم العلم بالعقم من دونه وجاز اسناده الى الشيخوخة مصدر
شاخ يشيخ وينبغي ان يراد بها الطعن في السن الى نهاية العمر وتحرير المبحث انه اذا اشترط الرجل في عقد النكاح استيلاد
المرأة بمعنى كونها بحيث تستولد بمعنا ان لا تكون عقيما فمضى عليها مدة طويلة ولم تلد مع انتفاء مانع آخر ظاهر سوى
العقم لم يثبت بذلك فسخ والا لزم ثبوت الخيار قبل تحقق انتفاء الشرط والتالي باطل بالنص والاجماع فالمقدم مثله بيان
الملازمة عدم تحقق العقم بما ذكر لامكان تجدد الاستيلاد في الشيخوخة كما في قصة ابراهيم ع وزكريا ع ولانتفاء العلم بالعقم
من دون حصول الشيخوخة لان كل زمان يتجدد حصوله يرجى فيه حصول الاستيلاد وتجدده قبل تحقق الشرط ولان
انتفاء استيلاد المرأة قد يكون مستندا الى الزوج فلا يكون عدم استيلادها دليلا على عقمها فهذه دلائل ثلثة ذكرها المص
على عدم ثبوت الفسخ في المسئلة المذكورة وتنقيح المقام بجعلها دلائل التلازم في القياس الاستثنائي اولا وعلى ما قلناه
فيكون الضمير في قوله لامكان تجدده عائدا الى الاستيلاد ويكون الضمير في قوله من دونه عائدا الى الشيخوخة بضرب من
التأويل اي ولعدم العلم بالعقم من دون مضي زمان الشيخوخة ويمكن عوده الى العقم اي ولعدم العلم بالعقم من دون العقم
لان العلم بحصول شيء فرع حصول ذلك في نفسه لان العلم يستدعي المطابقة وربما قيل بامكان عوده الى ما دل عليه امكان
التجدد اي وعدم العلم بالعقم من دون عدم امكان التجدد فيكون هذا وما قبله دليلا واحدا تقريره لامكان تجدد الاستيلاد
ويمتنع العلم بالعقم من دون انتفاء امكان تجدد الاستيلاد وفيه من التكلف والبعد ما لا يخفى واعلم ان قول المص لو
شرط الاستيلاد فخرجت عقيما لا يخ من مسامحة لان خروجها عقيما يقتضي انتفاء الشرط فيثبت الخيار والمراد
حصول ما يتوهم منه العقم والضمير في شرط يعود الى الاستيلاد او الى الزوج كل شرط يشترط في العقد يثبت
له الخيار مع فقده سواء كان دون ما وصف او اعلى على اشكال نعم لو تزوجها متعة او دواما على راي بشرط انها
كتابية فظهرت مسلمة فلا خيار لا ريب ان كل ما يشترط الزوج في عقد النكاح من صفات الكمال مما لا ينافي مقصود
النكاح ولا يخالف الكتاب ولا السنة صحيح واذا تبين انتفاؤه وخلوها من الكمال لم يكن النكاح باطلا لان فقد الشرط
لا يقتضي بطلانه لكن يثبت للمشترط الخيار لان فوات الشرط يقلب العقد اللازم جائزا ولو اشترط شيئا من الصفات
التي لا تعد كمالا كما لو شرط كونها قبيحة الصورة او جاهلة بتدبير المنزل فالمتجه صحة الشرط لان الغرض قد يتعلق
بذلك وليس فيه منافاة للكتاب ولا السنة فلو انتفى الشرط وظهر الاتصاف بالضد ففي المثال المذكور ظهر كونها
جميلة او عالمة بتدبير المنزل ففي ثبوت الخيار في ذلك وامثاله عند المص اشكال ينشأ من ان ثبوت الخيار وسيلة
الى التخلص من النقص ولا نقص هنا فلا خيار ومن ان ثبوت الشرط المحكوم بصحته لو لم يثبت به الخيار كان
الاشتراط وعدمه سواء وهو معلوم البطلان وتنقيح المقام ان صفة النقص قد يقارنها ما يلحقها بصفة الكمال فيتعلق

بها الوضع كما يتعلق بصفة الكمال كما لو كان الرجل مثلا كثير الاسفار وليس له من يخلفه في اهله فرغب في القبيحة المنظر
لتكون العلة عن تطلع الاجانب اليها وكما لو خشي من حذق الزوجة في امور المنزل لحوق بعض المتاعب لم يطع بعض
المتغلبين وذهب الشارح الفاضل ووالد المص الى بطلان هذه الشروط محتجا ببعد النكاح عن قبول الخيار قال وانما
يصح شرط النسب والحرية والبكارة وما يؤدي في الكفاءة للنص ولقائل ان يقول ان النص انما ورد بثبوت الخيار باشترا ط
البكارة فيكون اشتراطه خروجا عن النص ومع ذلك فالكتاب والسنة واردان بصحة الشرط السائغ الذي لا ينافي
مقتضى النكاح ويلزم منه ثبوت الخيار بفواته فيكون الخيار ح ثابتا بالنص فلا يتم ما ذكره ولو سلم فالبعيد عن النكاح
اشتراط الخيار لا اشتراط ما يقتضي فواته بالخيار فح القول بثبوت الخيار في جميع ذلك ليس بذلك البعيد وقول المص
نعم لو تزوجها الخ المراد به انه لو تزوج امراة وشرط كونها كتابية وكان النكاح متعة عندنا ودواما على راي من يجوز
النكاح للكتابية دواما فظهرت مسلمة فان هذا الشرط لا يوجب فواته الخيار بخلاف غيره من الشروط المتعلقة بصفات
النقص فان فيها اشكالا عند المص فيكون هذا الشرط مستثنى من عموم الجملة السابقة فان لفظ نعم في مثل هذا التر كيب
للاستدراك ووجهه ان اشتراط صفة الكفر وعدم الرضا بالاسلام ظاهره ترجيح الكفر على الاسلام وذلك من الامور
الشنيعة المستهجنة شرعا فيناسبه كون هذا الشرط باطلا والغاء ذكره وهو كلام موجه وينبغي ان يكون ما جرى مجراه
كذلك كما لو شرط كونها غير عفيفة نعوذ بالله من ذلك فظهرت عفيفة لان هذا الشرط مناف للمروة وعند التحقيق فليس
هذا من النوع من الشروط سائغ شرعا فان من خالف الدين او المروة فهو مخالف للكتاب والسنة فتنبه لشيء وهو انه
نقيد المص النكاح اذا اشترط كون المنكوحة كتابية بكونه متعة على رايه او دواما على راي قوم آخرين يشعر بانه لو تزو جها
دواما وشرط كونها كتابية لا يصح النكاح عنده وبه صرح الشيخ في المبسوط ووجهه ان العقود تابعة للقصود
فاذا عقد على امراة دواما وقد شرط كونها كتابية فقد عقد على من يعتقد كونها كتابية ويعتقد بطلان عقدها
فيكون قاصدا الى عقد يعتقد بطلانه فيجب ان يكون باطلا ويطرد هذا الحكم فيما لو طلق طلاقا يعتقد بطلانه او يتردد
فيه للتردد في حصول شرطه كما لو لم يعلم انتقالها من طهر الى آخر حيث يشترط ذلك لانتفاء قصده الى عقد صحيح
والقصد معتبر اتفاقا وقد حكى المص في التحرير قول الشيخ في المبسوط ولم يفت بشيء ولقائل ان يقول ان المقدمة
القائلة ان القصد الى العقد فاسدا يمنع صحته مسلمة لكن لا نسلم ان من تزوج امراة دواما على انها كتابية قاصد
الى عقد فاسد لانه لا يلزم من اشتراط كونها كتابية اعتقاد كونها كذلك بحسب الواقع والاصل في المكلف في بلاد
الاسلام ان يكون مسلما والاصل من الامور المقطوع بها شرعا   لو تزوج العبد على انها حرة فظهرت امة فكالحر
فان فسخ قبل الدخول فلا شيء وبعده المسمى على سيده او في كسبه ويرجع به على المدلس ويكون للمولى ولو اعتق قبل
الفسخ فالاقرب ان الرجوع به للعبد اي لو تزوج العبد امراة على انها حرة اما بان شرط ذلك في عقد النكاح

او بين

او سبق الاخبار بحريتها قبله ثم جرى العقد على ذلك فظهر انها امة فالحكم هنا كما سبق فيما اذا تزوج الحر على انها حرة في ثبوت
الخيار في كل من الصور بين عند المص كما اختاره سابقا وقد حققنا البحث واستوفينا الكلام فيه فلا حاجة الى اعادته
وليس لقائل ان يقول ان المتجه هنا عدم الخيار لتكافؤ الزوجين في كل منهما رقا بخلاف الحر لان المقتضى للفسخ هو
الغرور بالعقد على من شرطت حريتها فظهر خلاف الشرط او وصفت بالحرية بحيث جرى العقد على ذلك ثم تبين
العدم لا عدم التكافؤ فيجب ثبوته وهو حق للعبد ولو ظهر بعضها رقا فكالرقيقة جميعا اذا تقرر ذلك فان فسخ قبل
الدخول فلا مهر وان فسخ بعده فالمسمى على السيد ان كان النكاح باذنه على ما سبق بيانه في نكاح الاماء فاذا حصل الفسخ
غرم السيد المهر رجع به على المدلس ويكون للمولى لا محالة لان العبد لا يملك ولو اعتق العبد قبل الفسخ ثم حصل
الفسخ بالسبب المذكور فالاقرب عند المص ان الرجوع بالمهر في هذه الحالة على المدلس للمعتق ووجه القرب ان الاصل
في العوض وجوبه على من ملك المعوض فان ذلك مقتضى المعاوضة وانما يجب على غيره لعارض كما في المملوك اذا زوجه
مولاه لانه لا يملك شيئا فاذا وقع النكاح باذن المولى وجب عليه المهر لئلا يلزم الاضرار بالزوجة وكذا اذا زوج
الاب ابنه الصغير المعسر فاذا دفع الاب والمولى المهر كان دفعه عن الابن والعبد لانه وان وجب عليهما الا ان الوجوب
بالتحمل للعارض فاذا طلق الابن بعد بلوغه رجع نصف المهر اليه لان دفعه عنه في قوة الهبة له وسيأتي تحقيقه
ان شاء الله تعالى وكذا القول في العبد اذا طلق بعد عتقه فانه يستحق نصف المهر ولان المهر قد خرج عن ملك المولى بدفعه
الى الزوجة وملكته فاذا اقتضى الفسخ ملكه كان ملكا مبتدأ ناشئا عن اخراج العوض عن الملك فيكون للمعتق لانه
في مقابله ولان وجوبه بسبب فسخ النكاح وهو متعلق بالمعتق لا تعلق للمولى به فيكون له كسائر ما يكتسبه بعد
الحرية لان المانع من ملكيته وهو الرق منتف ويحتمل عوده الى المولى لان المقتضى لوجوبه وقع منه لا فيكون وجوبه
منه لا فاذا حصل الفسخ عاد الى المولى لعدم انقطاع علاقته به وفيه ضعف لان وجوبه ثبت واستقر بالدخول
وانقطعت علاقة المولى عنه وتزلزله العقد لا يقتضى تزلزله لان الواجب بالفسخ غيره وقد يوجه الاحتمال بان المهر
لم يدخل في ملك العبد بحال حين دفعه المولى لانه لا يملك فلا يعود اليه وفيه نظر لان وجوبه ثبت واستقر بالدخول
على المولى بالتحمل عن العبد فله به علاقة وعدم ملكه اياه لوجود المانع وهو الرقية لا يمنع ملكه اياه بسبب الفسخ الذي
هو حقه بعد زوال المانع ومن هذا يظهر ان ما قربه المص قريب ثم ان كان الغار الوكيل رجع بالجميع وان
كانت هي فكذلك يتبع به لانه ليس برجوع في المهر لان المهر استحقه السيد ورجوعه بكونه في ذمتها لو حصل منها رجع
بنصفه على الوكيل حالا ونصفه عليها يتبع به بعد تحقق ما سبق ينظر في الغار في كل موضع يحصل الفسخ فاما
ان يكون الامة او وكيلها او سيدها فان كان الوكيل رجع عليه بالجميع عملا بمقتضى التغرير وكذا ان كانت هي الا ان
الرجوع عليها ليس رجوعا بالمهر الذي حقه ان يدفع الى الزوجة لان المهر استحقه السيد حتى لو كانت عنده باقية لم يستحق

وانما هو رجوع بعوض المهر الذي اوجبه التدليس فلا يسقط عنها منه شيء ولا يطلب منها في المهر حال لان ما بيدها
للمولى بل يتبع به اذا اعتقت وايسرت ولو كان التغرير بفعلها وفعل الوكيل فالغرم عليهما الا انه يرجع على الوكيل
بالنصف في الحال ان شاء واما هي فانما يرجع عليها بالنصف الآخر اذا اعتقت وايسرت ولا يخفى ان لفظ حالا في
عبارة الكتاب ينبغي ان يكون مخففة لانها في مقابل الرجوع على الامة في مستقبل الزمان اذا اعتقت وبقي قسم ثالث وهي
ما اذا كان الغار هو السيد ولم يلزم من تغريره عتق الامة فان الرجوع عليه بالمهر الا باقل ما يمكن ان يكون مهرا على احد
القولين ولو لم يكن قد دفع المهر وقع التقاص فيما عدا الاقل المذكور فانه يتحتم اللزوم ولو لزم من تغريره عتقها فلا
فسخ ولو اولدها كان الولد رقا لمولاه ان كان المدلس سيدها او اذن لها مطلقا او في التزويج بمن او باي عبد اي
لو اولدها العبد المذكور الامة التي اشترطت حريتها فاما ان يكون النكاح باذن مولاها او لكونه هو الذي دلسها او لانه
اذن لها في التزويج مطلقا بحيث يتناول تزويجها بعبد او حر فيكون تزويجها بعبد العبد داخلا في اطلاق اللفظ
او لانه اذن لها في التزويج بهذا العبد بخصوصه او باي عبد كان او لا يكون باذنه اصلا فان كان باذن مولاها فالولد للمولى
العبد لان الولد الحاصل في نكاح المماليك لمن لم باذنه واحدهما فالولد لهما معا وههنا كلامان ان قضية كلام المص
ان نكاح العبد كان باذن المولى ولولا ذلك لم يجب المسمى على السيد او في كسب العبد ولم يكن لفسخ النكاح موقع لانه
ح يكون فاسدا وعلى هذا فكيف يستقيم قوله ان الولد رق لمولى الزوج ذهب الشيخ في المبسوط الى ان الولد في
الصورة المذكورة حر محتجا بان العبد انما دخل في العقد على ذلك لان المفروض انه تزوجها على انها حرة وولد الحرة
حر وان كان الزوج رقيقا ووجب عليه قيمة الولد يوم سقط حيا لسيد الامة وحكي ان في محل وجوبها ثلثة اقوال احد ها
في كسبه والثاني في رقبته والثالث في ذمته قال المص في التحرير هذه الاقوال للجمهور وقد حكى المص في التحرير قول
الشيخ ولم يصرح باختيار شيء وكلامه وكلام المص هنا محل النظر والتامل واعلم ان حكم المدبرة وام الولد حكم القنة
لو غرته المكاتبة فان اختار الامساك فلها المهر وان اختار الفسخ فلا مهر قبل الدخول وبعده ان كان قد دفعه
رجع بجميعه او به الا الاقل ما يمكن ان يكون مهرا وان لم يدفعه فلا شيء او يجب الاقل اما وجوب المهر مع اختيار الامساك
فلانه قد رضي بالنكاح ح فيجب المسمى وان اختار الفسخ وقد دخل ودفع المهر رجع عليها به لتدليسها وعلى القول
الآخر يستثنى لها اقل ما يمكن ان يكون مهرا لان الوطء المحترم يجب ان يخلو عن عوض وقد تقدم الكلام عليهما مستوفا
ومع عدم الدفع فهل يجب دفع الاقل ام لا يجب شيء اصلا فيه القولان وانما افرد المكاتبة لانها كالحرة في ذلك فان المهر
حق لها كالحرة لانقطاع سلطنة المولى عنها مع كونها رقيقة بخلاف القنة ومن جرى مجراها لان المهر في نكاحهن للمولى
لا لهن فاذا اقتضى التغرير الرجوع عليهن رجع بجميع المهر لا ان اقتضى التغرير الرجوع على السيد فانه يرجع
عليه بما عدا الاقل على الخلاف والامر في ذلك المكاتبة كالحرة واليه الاشارة ولو غره الوكيل رجع عليه بالجميع فان

قوله

الوكيل صادقا على السيد لانه لا يجوز له تزويجها الا باذنه واعلم ان الضمير في قوله في اول البحث لو غرته المكاتبة يرجع الى ما
دل عليه سوق الكلام وهو المتزوج بها ويظهر منها منه ان الزوج حر فان المفهوم من قوله ان كان دفع رجع بجميعه
ذلك وكذا ما بعده   ولو اتت بولد فهو حر لانه دخل على ذلك ويغرم قيمته ويتبع في الاستحقاق ارش الجناية على ولد
المكاتبة   اي لو اتت المكاتبة المتزوجة بحر على انها حرة بولد فالولد حر لان الزوج دخل في العقد على ذلك لانه
وقع على انها حرة ولانه لو وطئ امة الغير على ظن انها امته او زوجته الحرة كان الولد حرا فهنا اولى لانتفاء الشبهة ثم وثبوتها
هنا لكنه يغرم قيمته لانها رقيقة في الواقع فيكون باستيلاده اياها قد فوته على المولى ولا فرق في ذلك بين ان يجيز العقد
او يفسخ ويرجع بها على الغار لانه لم يدخل على ضمانها بخلاف المهر فانه اذا لم يفسخ النكاح لم يرجع به لانه دخل على
ضمانه عوضا لمنافع البضع وفي مستحق البضع هذه القيمة خلاف مبني على ان المستحق لاروش الجنايات على ولد المكاتبة
هل هو السيد او الام فان قلنا السيد فالقيمة هنا له فان كان الغار الوكيل رجع الزوج عليه بكمالها وان كانت هي رجع
عليها بما في يدها لانه كالدين عليها وان قلنا الام فكذا هنا فان الغار الوكيل رجع عليه بجميعها وان كانت هي وقع التقاص
واعلم ان الضمير في قول المص ويتبع في الاستحقاق الخ يرجع الى القيمة ومعناه ان القيمة يتبع ارش الجناية في استحقاق ق
المستحق فمن ثبت كونه المستحق للارش في الجناية فهو المستحق هنا بغير تفاوت   ولو ضرب بها اجنبي فالقته لزمه دية
جنين حر لابيه فان كان هو الضارب فالاقرب دونه والا فللامام وعلى المغرور للسيد عشر قيمة امه ان قلنا ان الارش
لہ   ما سلف حكم ما اذا خرج الولد حيا اما اذا القته ميتا فان كان بغير جناية جان فلا شيء على الزوج لانه لا قيمة للميت
نعم لو نقصت لزمه ارش نقصها وان كان بجناية جان فان كان الجاني اجنبيا لزمه مع الكفارة دية جنين حر لانعقاده حرا
وسياتي بيانها في الديات ان شاء الله تع ويستحقها ابو الجنين وهو المغرور دون الامام لانها مكاتبة فلا ترث وح فيضمن
دية جنين امة وهي عشر قيمة الام للسيد او للمكاتبة على اختلاف القولين وذلك لان الجنين في هذه الحالة انفصل مضمونا
للمغرور فيضمنه لانه يقوم له فيقوم عليه كما ان العبد الجاني اذا قتل تعلق حق المجني عليه بقيمته ولو مات لم يكن على السيد شيء
وفي قول ان المغرور لا يضمن لانه لا قيمة للميت واختاره الشيخ في المبسوط والمص في التحرير اذا تقرر ذلك فعشر قيمة
الام لا تخ اما ان يكون بقدر دية الجنين الحر او انقص فان كان بقدرها او انقص فلا بحث في كونه هو الواجب وان كان ن
اكثر فوجهان احدهما وهو الظاهر من عبارة المص حيث اطلق وجوب العشر لانه لو انفصل رقيقا بالجناية لوجب
على الجاني عشر قيمة الام فاذا فوت ذلك غرمه لمستحقه كما انه يستحق قيمته عند الانفصال حيا وان زادت على الدية والثاني
انه ليس له الا قدر دية الجنين الحر لان سبب غرامة الميت هو الجناية الموجبة لدية الجنين الحر فلا يزيد الفرع على اصله
فيكون الواجب اقل الامرين وهذا بناء على امكان زيادة دية جنين الامة على جنين الحرة او وجوب الغرة
وتحقيقه في بابه هذا اذا كان الجاني اجنبيا فان كان هو المغرور لزمه دية جنين حر ولا يرثها لانه قاتل بل يكون

لمن يليه في الاستحقاق وهو الاقرب اليها فانه لم يكن عزره فهي للامام عم وعليه عشر القيمة كما اطلقه المص او اقل الامرين منه
ومن دية الجنين الحر على ما سبق وعلى ما اختاره الشيخ في المبسوط والمص في التحرير من عدم وجوب شيء سوى دية الجنين
الحر لا يجب العشر فان اوجبناه فهي للسيد ان جعلنا ان ارش الجناية على ولد المكاتبة للسيد والى ذلك اشار المص وعلى
المغرور للسيد عشر قيمة امه ان قلنا ان الارش له ومراده بذلك وجوب العشر في الصورتين المذكورتين وهما القاء
الجنين بضرب الاجنبي لها والقائه بضرب الزوج وسكت عما اذا لم يقيد بان الارش للسيد استغناء بقوله فيما تقدم
ويتبع في الاستحقاق ارش الجناية على ولد المكاتبة لا يرجع بالغرامة على الغار الا بعد ان يغرم القيمة او المهر للسيد
لانه انما يرجع بما غرمه وكذا لو رجع الشاهدان باتلاف مال او جناية بعد الحكم لم يرجع المحكوم عليه عليهما الا بعد
الغرم وكذا الضامن يرجع بعد الدفع وللمغرور مطالبة الغار بالتخليص من مطالبة المراة او السيد كما ان الضامن
يطالب المضمون عنه بالتخليص هنا احكام ذكر بعضها استطرادا لا يرجع المغرور على الغار بالغرامة اللازمة له
في هذا الكتاب جميعها الا بعد ان يغرمها فلا يرجع بالمهر على المدلس ولا بقيمة الولد حيث يجبان وكذا النفقة ان جوزنا
الرجوع بها الا اذا دفع ذلك الى مستحقه لان سبب الرجوع هو الغرم مع الغرور ولا يتقدم المسبب على السبب وحاله
سقوط عنه بابراء ونحوه ويمكن ان يكون هذا الحكم متعلقا بمسئلة الكتابة لا اتصاله بها ولان قيمة الولد مذكورة في
هذه المسئلة وحكم باقي مسائل الباب يستفاد بالملاحظة لو شهد الشاهدان على انسان باتلاف مال لاخر او بصدور
جناية منه عليه فحكم الحاكم بذلك لعدالتهما عنده ثم رجعا عن الشهادة بعد الحكم فعليهما الغرم لكن انما يطالبهما المحكوم عليه
بعد ان يغرم على ما سبق قد سبق ان الضمان ناقل للدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن وانه اذا كان ا لضمان
باذن المضمون عنه استحق الضامن الرجوع عليه لكن انما يرجع عليه بعد دفع الدين وكذا الحكم اذا ظهر استحقاق ه
المبيع فاغرم المشتري الجاهل عوض المنافع التي استوفاها فانه يرجع بها على البائع ورجوعه انما يكون بعد
غرمه وقول المص وللمغرور مطالبة الغار بالتخليص من مطالبة المراة او السيد الخ معناه ان المغرور ولان كان
لا يرجع بما يوجبه التغرير من الغرم حتى يغرم لكن له مطالبة الغار بالتخليص من مطالبة المراة بالمهر حيث يكون حرة
او مكاتبة او مطالبة السيد اذا كانت امة وذلك كما يطالب الضامن المضمون عنه بالتخليص حيث يكون الضمان باذنه
فانه وان لم يكن له عليه رجوع بالمال المضمون الا بعد ادائه لكن هذا القدر من الارتفاق وهو مطالبته بالتخليص منه
لابراء ذمته من المطالبة وقطع السلطنة عنه غرض مطلوب والظاهر ان مراده التنبيه على استحقاق المغرور مطالبة
الغار بالتخليص في المسائل الثلث التي ذكرها الا انه ذكر سوى مطالبة المراة والسيد وكانه اخرج ذلك مخرج المثال واعلم
ان المص ذكر في الضمان انه ليس للضامن مطالبة المضمون عنه بالتخليص قبل المطالبة وذكر في استحقاق مطالبته اذا
طولب ولما يغرم اشكالا وهنا اطلق استحقاقه المطالبة بالتخليص ولا يستقيم الاطلاق بل ينزل على ما اذا طولب فيكون

يكون

رجوعًا عن الاشكال الذي ذكره في التمهان الى الجزم   لو انتسب الى قبيلة فبان من غيرها اعلى او ادون فالاقرب انه لا فسخ
وكذا المراة نعم لو شرط احدهما على الاخر نسبًا فظهر من غيره كان له الفسخ لمخالفة الشرط وكذا لو شرط بياضًا او سوادًا
او جمالًا   اذا انتسب الرجل الى قبيلة فعقد له النكاح ثم ظهر انه ليس منها سواء كان اعلى او ادون فاما ان يشترط مع
ذلك كونه من القبيلة في عقد النكاح ام لا فهنا مبحثان الاول ان لا يشترط ذلك في العقد ففي حكمه اقوال للاصحاب انه يبطل
بذلك النكاح اختاره الشيخ في النهاية وابن الجنيد وابن حمزة وجعله ابن البراج في كتابه رواية وسياتي ان الرواية
لا تدل على البطلان وانما تدل على ثبوت الفسخ ولعل ذلك مرادهم وكلام المص في المختلف يدل على ذلك حيث حكى عن المبسوط
مثل ما حكاه عن ابن البراج فانه في المبسوط حكى القول بالخيار ثم قال وقد روي ذلك في اخبارنا   عدم البطلان
والخيار اختاره في المبسوط وكذا ابن ادريس والمص هنا وهو الاصح لان الخيار على خلاف الاصل فيجب التمسك بلزوم
النكاح فان قيل قد روى الحلبي في الصحيح عن الصادق ع قال في رجل يتزوج المراة فيقول انا من بني فلان فلا يكون كذلك
قال تفسخ النكاح او قال ترد كان الشك من السائل وجه الاستدلال بها انه حكم بثبوت الفسخ لاجل مخالفة القول المذ   كور
وذلك ينافي المدعى قلنا لا دلالة فيه لان الظاهر من قوله فيقول الخ انه تفصيل لقوله يتزوج على حد قول القائل توضا
فغسل وجهه وذراعيه الخ وقوله صلى فتحرم وقرا الخ فيكون الظاهر منه وقوع هذا اللفظ في العقد وذلك عين محل النزا   ع
ثبوت الخيار ان بان ادنى من المراة بحيث لا يلائم شرفها اختاره المص في المختلف واحتج عليه بلزوم الضرر الحاصل
من الغضاضة والنقص وبالرواية المتقدمة فاما الرواية فقد بينا ما فيها واما الضرر فلا نسلم بلوغه مرتبة تقتضي ثبوت
الخيار على انها بتفريطها في استعلام الحال وتعويلها على مجرد اخباره معرضة نفسها لهذا الضرر فكيف تسلط على فسخ
النكاح بذلك البحث الثاني ان يشترط ذلك في العقد ثم يثبت الفسخ بظهور الخلاف صرح به المص وابن ادريس
وحكى الشارح الفاضل ولد المص الاجماع وقد بينا دلالة الرواية عليه اذا عرفت ذلك فهل حكم المراة حكم الرجل في هذا
كما صرح المص هنا باستوائهما في ذلك وحكاه في المختلف عن ابن الجنيد وابن حمزة وهو واضح اما مع الشرط فظاهر
لعموم قوله ع المؤمنون عند شروطهم واما مع العدم فلانتفاء المقتضي وكذا الحكم فيما لو شرط احدهما على الاخر بياضًا او
سوادًا فظهر ضده وكذا الحكم لو شرط احدهما على الاخر جمالًا فظهر الخلاف فان المشترط يتسلط على الفسخ بذلك صرح
بذلك المص ونص عليه ابن ادريس الا ان المص ذكر سابقًا اشكالًا في ظهور خلاف الوصف وكان اعلى وكلامه هنا
مطلق فيحتمل انه اعتمد على التفصيل السابق واطلق هنا ويحتمل ان يكون رجوعًا عن الاشكال الى الجزم بثبوت الخيار
والظاهر ان اشتراط الصغر كاشتراط القبلة وفاقًا لابن الجنيد ويقرب منه ما سبق   وهو كل مملوك يصح نقله
عينًا كان او منفعة وان كانت منفعة حر كتعليم صنعة او سورة او عمل محلل او اجارة الزوج نفسه مدة بعينه
او مضمونة المقصد الثاني من توابع النكاح في المهر وانما كان المهر من التوابع لانه ليس ركنًا في العقد ولهذا يجوز

اخلاله به بل اشتراط عدمه وله اسماء منها الصدقة قال الله تع وآتوا النساء صدقاتهن ومنها الاجر قال الله تع
فآتوهن اجورهن ومنها العليقة روي انه ص قال ادوا العلائق قيل وما العلائق قال ما تراضى عليه الاهلون ومنها
العقر ومنها النحلة والحباء والفريضة والصداق يقال اصدقها ومهرها ويقال امهرها ايضا والمهر وان لم يكن
ركنا في النكاح الا انه الاحب تسميته مهرا لئلا يشبه نكاح الواهبة نفسها للنبي ص ولكونه ادفع للخصومة والمنازعة
وليس للصداق مقدر بل كل ما يتمول يجوز جعله صداقا وبعض العامة قدره بنصاب السرقة وقد ضبط المص
بانه كل مملوك عينا كان او منفعة واحترز بالمملوك عما لا يملك اصلا وعما هو مملوك للغير او مما يصح نقله عن الوقف
وما جرى مجراه ولا بد من تقييده بكونه بحيث يعد مالا في العادة لحبة الحنطة ونحوها مملوك يصح نقله ولا يجوز
جعله مهرا لكونه لا يعد مالا ولا فرق في ذلك بين العين والمنفعة لانها مال حتى منافع الحر كتعليم صنعة محللة او
سورة من القرآن وما دونها مما يقع عليه الاجارة او غيره من الحكم والآداب والشعر او عمل مقصود محلل او اجارة الدار ح
مدة معينة سواء تشخص زمانها او لا واختلف في ذلك كله سوى العقد على منفعة الزوج لها او لوليها ومنع ابن البراج
في الكامل وهو الظاهر من كلام ابن حمزة وذهب الشيخ في المبسوط والخلاف والمفيد وابن الجنيد وسلار وابن ادريس
والمحقق نجم الدين واكثر الاصحاب الى الجواز واختاره المص وهو الاصح لنا ان الاصل الجواز وان المقتضي للصحة وهي
كونها منفعة مقصودة محللة موجود والمانع منتف اذ ليس الا كونها منفعة الزوج وهو غير صالح للمانعية وما
تضمنه رواية سهل بن سعد الساعدي في التي وهبت نفسها للنبي ص من تزويجه ص اياها بما معه من القرآن وحملا استدلالا
بها انه جعل القرآن الذي معه صداقا لها وهو غير ممكن فالظاهر انه جعل الصداق تعليمها اياه وما رواه محمد
بن مسلم في الصحيح عن الباقر ع قال جاءت امرأة الى النبي ص فقالت زوجني فقال رسول الله ص من لهذه فقام رجل
فقال انا يا رسول الله زوجنيها فقال ما تعطيها فقال ما لي شيء فقال لا قال فاعادت فاعاد رسول الله ص فلم يقم احد
غير الرجل هكذا ثلثا فقال رسول الله ص في المرة الثالثة اتحسن شيئا قال نعم قال قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن
تعلمها اياه وهذا نص في الباب وعمومات الكتاب والسنة تتناول ذلك احتج الشيخ بان ذلك ربما افضى الى عرا البضع عن
العوض او عجزه وذلك باطل وبما رواه احمد بن محمد في القوي عن ابي الحسن ع قال سألته عن الرجل يتزوج المرأة ويشرط
اجارة شهرين فقال ان موسى ع قد علم انه سيتم له شرطه فكيف لهذا بان يعلم انه سيبقى حتى يفي وقد كان الرجل على
عهد رسول الله ص يتزوج المرأة على السورة من القرآن وعلى الحنطة القبضة والجواب بعد تسليم السند ان هذا لازم في
كل مهر مشخص والجواب في الكل واحد واجاب ابن ادريس بان شعيبا استأجر موسى ابن عمران ع ليرعى له لا لابنته
وقد كان هذا جائزا في شرعهم وليس بجائز في شرعنا والمتنازع فيه هنا هو اجارة نفسه لها فليس من ذلك في شيء
ولقائل ان يقول ان الظاهر من الرواية ان المانع من الصحة هو عدم العلم ببقائه وكيف كان فالمشهور هو المذهب

ارجح

ارجع الى عبارة الكتاب واعلم انه اراد بالعين ما قابل المنفعة سواء كانت معينة او مضمونة في الذمة ولا ريب انه يشترط في جعل تعليم الصنعة مهرا كونها محللة وليس جواز صداق تعليم القرآن مقصورا على السورة وان لم يذكره عنها انه يشترط ان لا يكون ثقلة بحيث لا يقابل باجرة واراد باجارة الزوج نفسه ضربا من المجاز وهو العمل الذي شأنه ان يستاجر عليه وكما تضبط المنفعة بالمدة كذا تضبط بالتعيين كبناء جدار ونحوه ولو عقد الذميان على خمر او خنزير صح فان اسلم احدهما بعد الدفع برئ الزوج وقبله يجب القيمة عند مستحليه سواء كان معينا او مضمونا اذا عقد الذميان ومن جرى مجراهما على ما لا يصح ملكه للمسلم كالخمر والخنزير صح فيما بينهم فان اسلم احد الزوجين بعد دفع المهر المعقود عليه فلا شيء للزوجة وقد برئ بما دفعه قبل الاسلام وفي قول لبعض العامة ان لها مهر المثل لفساد ذلك القبض ولا فرق في ذلك بين كون المسلم هو الزوج او الزوجة لان المسلم لا يجوز له دفع الخمر ديانة ولا قبوله كذلك وان كان اسلامه قبل الدفع لم يجز دفع المعقود عليه ثم ما الذي يجب الاصح انه يجب القيمة عند مستحليه ويحتمل وجوب مهر المثل ويحتمل وجوب المتعة بالطلاق قبل الدخول وقد سبق تحقيق ذلك في نكاح الكفر ولا فرق في ذلك بين كون المهر المحرم معينا او دينا مضمونا في الذمة وذهب بعض العامة الى انه لا شيء لها لانها رضيت بالخمر فيدام عليها حكم رضاها وقد تعذر القبض بالاسلام فسقطت المطالبة وذهب بعضهم الى ان المسمى ان كان معينا وهو محرم لم تستحق غيره والا رجع الى مهر المثل

ولا يتقدر المهر قلة ولا كثرة على رأي ما لم يقصر عن التقويم كحبة حنطة لا خلاف عند اصحابنا في ان المهر لا يتقدر قلة الا بأقل ما يتمول واما الكثرة فالمشهور بين الاصحاب عدم تقديرها فيصح العقد على ما شاء من غير تقدير ذهب اليه الشيخان وابن ابي عقيل وسلار وابو الصلاح وابن البراج وابن ادريس وعامة المتأخرين وهو الاصح وقال السيد المرتضى انه لا يجوز تجاوز مهر السنة وهي خمسمائة درهم جيادا قيمتها خمسون دينارا فمن زاد على ذلك رد الى السنة وهو ظاهر كلام ابن الجنيد وابن بابويه في الفقيه لنا قوله تعالى وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا والقنطار المال العظيم من قنطرت الشيء اذا رفعته وفي القاموس القنطار بالكسر وزن اربعين اوقية من ذهب او فضة او الف دينار او الف ومائتا اوقية او سبعون الف دينار وثمانون الف درهم او مائة رطل من ذهب او فضة او الف دينار او ملء مسك ثور ذهبا او فضة وعموم قوله تعالى فنصف ما فرضتم وكذا قوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة وقوله تعالى فآتوهن اجورهن وصحيحة الوشاء عن الرضا عليه السلام قال سمعته يقول لو ان رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين الفا وجعل لابيها عشرة الاف كان المهر جائزا والذي جعله لابيها فاسدا ولانه نوع معاوضة فيتبع اختيار المتعاوضين في القلة كغيره من المعاوضات احتج السيد باجماع الطائفة المحقة وبان المهر يتبعه احكام شرعية فاذا وقع العقد على مهر السنة فما دونه ترتبت عليه الاحكام بالاجماع واما الزائد فليس عليه اجماع ولا دليل شرعي فيجب نفيه وقد روى المفضل بن عمر قال دخلت على ابي عبد الله عليه السلام فقلت له اخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمنين ان يجوزوه قال فقال السنة المحمدية خمسمائة درهم

فمن زاد على ذلك رد الى السنة ولا شيء عليه اكثر من الخمسمائة والجواب ان الدلائل الشرعية الدالة على جواز العقد على المهر وان زاد ١
على السنة كثيرة موجودة في الكتاب والسنة فلا سبيل الى انكارها ورواية المفضل ابن عمر ضعيفة فان في طريقها محمد بن سنان
قال الشيخ انه مطعون عليه ضعيف جدا وما يختص بروايته ولا يشركه فيه غيره لا يعمل عليه وهذا كلام الشيخ رحمه الله
وحملها المص في المختلف على الاستحباب قال مع الزيادة يستحب الرد بالابراء الى مهر السنة فاذا حصل الابراء لم يلزم اكثر
منه وهو حسن وليس ذكره شرطا فلو اخل به او شرط عدمه صح العقد شرطا لصحته اذ ليس بركن فيه وعلى
هذا لو حصل الاخلال بذكره عمدا او سهوا او عقدا مشترطين ان لا مهر صح لعدم المنافي لكن اذا دخل بها وجب مهر
المثل والاخبار على ذلك مستفيضة روى الشيخ عن منصور بن حازم قال قلت لابي عبد الله عم في رجل يتزوج
امرأة ولم يفرض لها صداقا قال لا شيء لها من الصداق فان كان دخل بها فلها مهر نسائها وانما يفيد ذكره التعيين
والتقدير فيشترط في صحته مع ذكره التعيين اما بالمشاهدة وان جهل كيله او وزنه كقطعة من ذهب وقبة من
طعام او بالوصف الرافع للجهالة مع ذكر قدره ان كان ذا قدر فلو ابهم فسد وصح العقد اي ليس ذكر المهر شرطا
وانما يفيد ذكره في العقد التعيين والتقدير واذا كان كذلك فيشترط في صحة المهر مع ذكره التعيين ليخرج عن الجهالة
ويتحقق التعيين بامرين احدهما المشاهدة وان جهل كيله ان كان مكيلا ووزنه ان كان موزونا فالاول كقبة من طعام م
والثاني كقطعة من ذهب وذلك ان معظم الغرر يندفع بالمشاهدة وليس النكاح من المعاوضات الحقيقية بحيث
ينافيه هذا القدر اليسير من الغرر لكن لو تلف قبل التسليم او بعده وقد طلقها قبل الدخول امكن وجوب مهر المثل
في الاول وفي الثاني اشكال الطريق الثاني للتعيين الوصف الرافع للجهالة وانما يرفع الجهالة استقصاء الصفات المعتبرة
في بيع السلم وقد سبق ذكرها ويعتبر مع ذلك تقديره ان كان ذا قدر كقفيز من حنطة بخلاف ما اذا لم يكن تعيينه
محتاجا الى تقدير كعبد تركي مثلا فان ذكر صفاته كاف في تعيينه فلو ابهم الزوجان الصداق بحيث ذكراه ولم
يعيناه بواحد من الطريقين المذكورين فسد الصداق لان في النكاح شبه المعاوضات والمجهول يمتنع تسليمه
ويصح عقد النكاح لما قررنا من ان الصداق ليس ركنا فيه وانه يجوز اخلاؤه منه ثم ارجع الى العبارة واعلم ان جملة
وانما يفيد ذكره والتعيين معطوفة على جملة وليس ذكره شرطا وقوله او بالوصف الرافع للجهالة معطوف على قوله
اما بالمشاهدة وقوله وان جهل كيله الخ وصلي لما قبله وفيه لف ونشر غير مرتب لان القبة من الطعام مما له كيل والقطعة
من الذهب مما له وزن ولو تزوجهن بمهر واحد صح وبسط على مهر الامثال على راي اي لو تزوج رجل عدة
نساء بمهر واحد صح النكاح والمهر لانتفاء الجهالة حيث ان المجموع معلوم ولا يضر جهالة استحقاق كل واحدة منهن
لان العقد جرى على الكل واستعلام حق كل واحدة منهن يحصل بادنى تامل وعلى هذا كيف يقسم بينهن للاصحاب
في كيفية ذلك قولان احدهما واختاره الشيخ في المبسوط وتبعه ابن البراج انه يقسم بينهم بالسوية فان كن ثلثا فلكل

واحدة

واحدة ثلث المسمى ووجه ذلك بمقابلة المهر بهن والتفاضل على خلاف الاصل وثانيهما واختاره المص هنا وفي المختلف وغيرها وجمع من المتاخرين وهو الاصح انه يقسط على مهور امثالهن ويعطى كل واحدة منهن ما يقتضيه التقسيط كما اذا باع عبده وعبد غيره او جمع بين بيع ونكاح وذلك لان العوض المالي اذا قوبل بمعوض متقوم كانت القيمة ملحوظة ومن ثم يكون زيادة العوض ونقصانه ناشئا عن زيادتها ونقصانها غالبا وقيمة البضع انما هي مهر المثل فيكون قسط كل واحدة من المسمى بحسبه لا محالة ولو تزوجها على خادم او بيت او دار ولم يعين ولا وصف قيل كان لها وسط ذلك القول المحكي في كلامه هو قول الشيخ في النهاية والمبسوط ويلوح من ابن ادريس اختياره حيث اورده بصيغة روي ولم يرده ويلوح من عبارة المص هنا عدم الصحة وكذا في المختلف وتردد في التحرير وعلى البطلان فيصح النكاح ويجب مهر المثل حجة الاول اما على الخادم والبيت فما رواه الشيخ عن علي بن ابي حمزة قال قلت لابي الحسن ع رجل تزوج امراة على خادم قال فقال لها وسط من الخدام قال قلت على بيت قال وسط من البيوت واما على الدار فما رواه الشيخ ايضا عن ابن ابي عمير عن بعض اصحابنا عن ابي الحسن ع في رجل تزوج امراة على دار قال لها دار وسط والجواب ان علي بن ابي حمزة ضعيف لا يستند الى ما ينفرد به ورواية ابن ابي عمير مرسلة ومع ذلك لا يمكن العمل بهما لان الوسط من الدور والبيوت والخدام ليس شيئا معينا مضبوطا لانه مختلف اختلافا كثيرا بل هو في غاية البعد عن الضبط فان الاعلى والادنى من ذلك لا يكاد يوقف عليه والوسط ان اريد به ما بين الطرفين فمعلوم شدة اختلاف افراده وتباين قيمها وان ذلك مثير للتنازع والتخاصم وموقع للحاكم في التحير وان اريد به اوسط ما بين الطرفين فهو ابعد لان هذا لا يكاد يوقف عليه فالقول بعدم الصحة والرجوع الى مهر المثل لا يخ من قوة لان الشارع احكم من ان يربط الاحكام بما لا ينضبط ولو اصدقها على كتاب الله تع وسنة نبيه ص ولم يسم مهرا فمهرها خمسمائة درهم قد تقدم في رواية المفضل بن عمر ما يصلح ان يكون دليلا على ذلك مضافا الى الاجماع وكذا غيرها من الروايات المستفيضة روى اسامة بن حفص وكان قيما لابي الحسن موسى ع قال قلت له رجل يتزوج امراة ولم يسم لها مهرا وكان في الكلام ازوجك على كتاب الله وسنة نبيه ومات عنها او اراد ان يدخل بها فما لها من المهر قال مهر السنة الحديث ولو اصدقها تعليم سورة لم يجب تعيين الحرف ولقنها الجائز على رايه ولا يلزمه غيرها لو طلبت المراد بالحرف هنا القراءة كقراءة حمزة وغيره من السبعة او العشرة على اقوى القولين والراي الذي ذكره المص للشيخ في المبسوط والنهاية وغيره من الاصحاب ووجهه ان النبي ص لم يعين على من عقد له على تعليم شيء من القرآن ولو كان شرطا لامتنع الاخلال به فعلى هذا اذا اطلق العقد على تعليم سورة صح وبري بتعليمها الجائز من القرآن دون ما كان شاذا وفي قول نقله جمع من الاصحاب ولا يعرف القائل به انه يشترط تعيين ذلك من القراءات الجائزة لانها متفاوتة في السهولة والصعوبة فلو لم يعين لزم الغرر وضعفه ظاهر والمذهب

الاول وعلى هذا فلو طلبت عن الجائز على اطلاقه الصادق على مطلق القرآن اى الملفق منها بان طلبت قراءة خاصة او نحو ذلك لم يجب عليه الاجابة لان الواجب امر كلي وهو مخير في تعيينه وايجاده في ضمن اى فرد شاء ولا يخفى انحصار الاصداق لا ينحصر في السورة بل كل ما يعتد به ويكون مقصودا يصح اصداقه لا يخفى قوله نعم متقاماتان ومحله ان يستقل بالتلاوة ولا يكفي تتبع نطقه ولو نسيت الاية الاولى عقيب تلقين الثانية لم يجب اعادة التعليم على اشكال اى محل التعليم الذي سبق ذكره جعله صداقا في النكاح ولا ريب ان ما يشترط لصحة الاجارة على المنافع من تعليم وخياطة وبناء وغيرها كاشتراط تقديرها بالعمل او بالزمان وغير ذلك يشترط في اصداق المنفعة سواء ويتحقق التسليم بايجاد تلك المنفعة واد خالها تحت يد الزوجة ولا خفاء في ذلك بالنسبة الى اغلب المنافع لكن في التعليم خفاء بالنسبة الى بعض الافراد وقد حله المص باستقلالها بالتلاوة ولا شبهة في ان التعليم لا يتحقق من دون الاستقلال بها فلا يكفي تتبع نطقه وانما الاشكال في شيئين احدهما مقدار ما يتحقق بالاستقلال بتلاوته التعليم والثاني مقدار مدة بقاء ذلك الاستقلال حتى لا يقدح فيه تعقب النسيان له فاما الاول فلا ريب عندهم في ان الاستقلال بتلاوة ما دون الاية لا يعد تعليما وانما هي مذاكرة وان علمها ثلث ايات فمقتضى كلام الشيخ في المبسوط القطع بانه يتحقق بذلك التعليم لان اقل ما يقع به الاعجاز ثلث ايات مثل سورة قصيرة وان علمها اية فقط ففي تحقق الاقباض بذلك وجهان هما طرفا الاشكال في كلام المص احدهما نعم لان ايجاب تعليم مجموع الايات يقتضي ايجاب تعليم الاية الواحدة فاذا اتى به برئت ذمته منه وقواه في المبسوط والثاني لا لما قلناه من ان الاعجاز انما يقع بثلث ايات وما يترتب على المجموع لا يترتب على البعض هذا حاصل ما وجهاه به وقضيته ان الايتين كالواحدة وفي كل من الوجهين نظر لان ايجاب تعليم الاية الواحدة في ضمن مجموع لا يستلزم براءة الذمة من تعليمها لا انتقاضه بالجملة وكون الاعجاز لا يقع الا على ثلث ايات لا يستلزم براءة الذمة من تعليمها نفي الاقباض عن تعليم ما دون الثلث والملازمة عن ظاهره واما الثاني فلا ريب ان الاستقلال بالتلاوة اذا صار ملكة صدق الاقباض وتحقق البراءة وان كان بحيث اذا اشتغل بتعليم الاية الثانية مثلا نسيت الاولى ففي تحقق الاقباض به وجهان احدهما نعم لان النسيان الطاري بتفريطها فلا يخل بالتعليم والثاني العدم لان ما لا ثبات له لا يعد تعليما واقول ان الظاهر من كلام الجماعة كالشيخ في المبسوط والمص في التحرير ان كل ما بعد الاستقلال بتلاوته تعليما من اية واحدة او ثلث على الوجهين لا يضر عروض النسيان له بالانتقال الى غيره فيكون الاشكال في كلام المص ناظرا الى تعيين ما بعد الاستقلال تعليما خاصة ولقائل ان يقول ان المتبادر الى الافهام من التعليم في العادة اما التلقين الى ان يصير المحفوظ ثابتا او التدريب للقراءة في المصحف بحيث يستقل بنفسه بالقراءة فيه وبدون الامرين لا يكاد يصدق التعليم ولا خفاء في ان المعقود عليه اعنى التعليم امر عرفي فيجب اتباع العرف فيه لا محالة والذي يقتضيه النظر اتباع العرف في ذلك فان كان هناك معنا معلوم منه وجب الحمل عليه وان اضطرب العرف او لم يكن هناك معنا واحد اشترط التعيين وينبغي ان يكون هذا البحث

لا ذكان

اذا كان المعقود عليه ايات فلو كانت اية واحدة او ايتين فينبغي الجزم بالاكتفاء بتعليمها   ولو لم يحسن السورة
لو اصدقها تعليم سورة وهي تعلمها فحكمه ما سبق فلو كان لا يعلمها فان التزم التعليم في الذمة بان قال على ان احصل صح
لك تعليم ذلك جاز لا محالة وان قال على ان اعلمك انا ففي الصحة وجهان احدهما وبه جزم المص هنا وقربه في التحرير
انه يصح لانه يمكنه ان يتعلم ويعلم كما لو اصدقها الفا وهو لا يملك شيئا والثاني العدم كما لو اصدقها منفعة عبد فهو
لا يملكه ويمكن الفرق بان منفعة العبد المعين غير مملوكة له ويستحيل ثبوتها في الذمة بخلاف موضع النزاع والمنافع
اموال فكما يجوز العقد على مال يحصله بالكسب كذا ينبغي ان يجوز على منفعة يحصلها بالتعلم وليس القول بالصحة بذلك
البعيد فعلى هذا ان امهلته الى ان يتعلم فلا بحث والا فيجب المصير الى التعليم او اجرة المثل او مهر المثل وجه
فان تعذر تعليمها او تعلمت من غيره فعليه الاجرة   المراد انه اذا اصدقها تعليم سورة وتعذر تعلمها اما لبلادتها او
لموتها او لموت الزوج حيث يشترط كونه المعلم منه او تعلمت من غيره فعليه اجرة المثل لانها عوض التعليم وهذا
احد الوجهين والآخر انه يجب مهر المثل لتعذر المسمى والاول اقوى لامكان العوض ولو احتيج في تعليمها الى مشقة
عظيمة وطول زمان زائد على العادة كثيرا فليس ببعيد الحاقه بالتعذر   وكذا الصنعة   اي وكذا تعليم الصنعة
اذا جعله صداقا في ان تعليمها انما يتحقق باستقلالها بفعلها وكذا باقي الاحكام التي سبقت جميعها ولا يكاد يشك
في ان تعليم الصنعة انما يصدق عرفا اذا صارت ملكة ولا يخفى انه يشترط في الصنعة ان تكون محللة ومثل تعليم
القرآن والصنعة تعليم الفقه والحكم والاداب وما جرى هذا المجرى حتى الشعر اذا لم يكن محظورا   ولو عقد الذمي
مرتين على مهرين فالثابت الاول سواء كان سرا او جهرا وذلك لانها بالعقد الاول تصير زوجة ويجب المسمى فيه
فيكون العقد الثاني باطلا واشار بقوله سرا كان او جهرا الى خلاف الشافعي ففي قول له ان المهر مهر السر وفي آخر
ان المهر مهر العلانية ونزل الاول اصحابه على ما اذا تقدم العقد على مهر في السر ثم جيء بلفظ العقد في العلانية
باكثر من مهر السر تجملا والثاني على ما اذا تواعدا المهر الاول سرا وعقدا على الاكثر علانية   والمهر مضمون
في يد الزوج الا ان يسلمه فان تلف قبله بفعل المرأة برئ وكان قبضا وان تلف بفعل اجنبي تخيرت بين الرجوع ع
على الاجنبي او الزوج ويرجع الزوج عليه وان تلف بفعل الزوج او بغير فعل احد رجعت عليه بمثله فان لم يكن
مثليا فالقيمة فيحتمل اكثر ما كانت من حين العقد الى حين التلف وعلى الثاني اكثر ما كانت من حين العقد الى
حين التلف لانه مضمون بغير تعد منه اما لو طالبته بالتسليم فمنعها فعلى الاول يضمن باكثر ما كانت قيمته من
حين العقد الى حين التلف وعلى الثاني اكثر ما كانت قيمته من حين المطالبة الى حين التلف لانه غاصب هنا
مسائل المهر قبل تسليمه الى الزوجة مضمون في يد الزوج لا محالة لكن هل ضمانه كضمان المبيع في يد البائع ام كضمان
المقبوض بالسوم وما جرى مجراه المعروف عند اصحابنا الثاني واصحهما عند الشافعية الاول وعبر عن الاول

بضمان العقد وعن الثاني بضمان اليد وجه الاول ان الصداق مملوك بعقد معاوضة فكان كالعوض في البيع
ووجه الثاني انه ليس عوضا حقيقيا فان النكاح لا ينفسخ بتلفه ولا بفسخه بفساده ولا ينزل منزلة الاعواض الحقيقية ولذلك ومن ثم سماه الله تعالى في كتابه صدقة ونحلة وعلى المذهب لو كان معيبا وتلف بنفسه قبل القبض يكون تلفه على ملك الزوجة فيجب مؤنة تجهيزه لو كان عبدا ويجب على الزوج مثله لو كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وعلى الاول يجب مهر المثل كما لو تلف المبيع في يد المشتري قبل تسليم الثمن فان البيع ينفسخ ويجب مثل المبيع او قيمته اذا تلف الصداق قبل التسليم فاما ان يكون باتلاف الزوجة او باتلاف الزوج او باتلاف اجنبي او بغير فعل واحد فان كان باتلاف الزوجة كان قبضها منها فبرئ الزوج قطعا وان كان باتلاف اجنبي تخيرت بين الرجوع بعوضه على الزوج وعلى الاجنبي لا محالة فينطرق اليه احتمال الانفساخ فان رجعت على الزوج رجع هو على الاجنبي وان رجعت على الاجنبي لم يرجع على الزوج وان كان باتلاف الزوج او بغير فعل احد منهم فالواجب هو المثل في المثلي والقيمة في القيمي وكل ذلك متفرع على المختار عند الاصحاب وعلى القول بضمان العقد فالواجب مهر المثل اذا كان التلف بغير فعل احد وتخيرت باتلاف الاجنبي بين الفسخ فتطالب الزوج بمهر المثل وعدمه فترجع على من شاءت منهما بالمثل او القيمة متى ثبت لها مطالبة الزوج بالقيمة ففي تعيين القيمة التي تستحق المطالبة احتمالات احدها اعلى القيم وأكثرها من حين العقد الى حين التلف لانه مضمون في جميع الاحوال ومن جملتها زمان على القيمة فلا تسقط الزيادة بتجدد النقص والثاني قيمته يوم التلف لان العين ما دامت موجودة لا تجب القيمة قطعا وانما تجب رد العين ومعنى ضمانها كونها بحيث لو تلفت وجب الانتقال الى البدل فيكون الانتقال اليه حين التلف وهو الاصح وتعليل المصنف هذا الاحتمال بانه مضمون بغير تعد منه ضعيف لان التعدي لا دخل له في ايجاب ما لم يقم الدليل على وجوبه وكانه يلحظ في ذلك ان التعدي يناسبه التغليظ وضعفه ظاهر وهنا احتمال ثالث مذكور في نظائره وهو وجوب قيمته يوم الاصداق لانها التي تناولها العقد والاصح وجوب القيمة حين التلف الاحتمالات المذكورة ان في تعيين القيمة انما يأتيان على تقدير عدم مطالبة الزوجة بالتسليم او مطالبتها حيث لم يحصل منه منع فان طالبته في محل وجوب التسليم فمنع فعلى الاحتمال الاول يضمن اعلى القيم من حين العقد الى حين التلف وعلى الثاني يضمن اعلاها من حين المطالبة الى حين التلف فانه علل الاحتمال الثاني بانتفاء التعدي وقد ثبت التعدي بالمنع فيجب اعلى القيم من حينه وقد بينا ضعف ذلك فالاصح وجوب قيمته حين التلف مطلقا ولو تعيب في يده قبل تخيرت اخذه او القيمة والاقرب اخذه واخذ ارشه القول المحكي قول الشيخ في المبسوط ووجهه ان الصداق مضمون على الزوج والعقد انما جرى عليه سليما فاذا تعيب كان لها رده والمطالبة بالتسليم وان شاءت اخذته والاقرب عند المصنف تحتم اخذه والمطالبة بارشه لان الموجود حقها لان الفرض ان العقد جرى على العين فتاخذه وتطالب بدله

الثالثة

التالف وهو الارش لانه مضمون على الزوج واولى ان قول الشيخ بتخيرها لا ارى له وجها على القول بضمان اليد لان تعيب
المغصوب في يد الغاصب لا يوجب الخيار وانما يوجب الارش   و لها ان تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها حتى
تقبض المهر سواء كان الزوج موسرا او معسرا لا كلام في ان للزوجة ان تمتنع من تسليم نفسها الى الزوج حتى تقبض
الصداق اذا كان ذلك قبل الدخول وكان المهر حالا سواء كان المهر عينا او منفعة متعينا او في الذمة لان في النكاح
معنى المعاوضة ولا ريب ان لكل من المتعاوضين الامتناع من التسليم الى ان يسلم اليه الآخر فيجبرهما الحاكم معا على التقا بص
بعد الاولوية بان يامر الزوج بوضع الصداق عند عدل ويامرها بالتمكين ولا يختلف هذا الحكم باعسار الزوج ويساره
ويفهم من عبارة ابن ادريس في السرائر انه ليس لها الامتناع مع الاعسار لمنع مطالبته ويضعف بان منع المطا لب
لا يقتضي وجوب التسليم قبل قبض العوض اذ اثر ذلك منع اليسار يسمى النفقة اذا بذلت التمكين بشرط المهر ولم
الزوج بالمنع وفي استحقاقها بذلك مع الاعسار وجهان احدهما لا واختاره شيخنا الشهيد في شرح الارشاد
لانتفاء التمكين اذ هو معلق بامر ممتنع عادة والثاني نعم كما في الموسر لاشتراكهما في بذل التمكين بشرط تسليم المهر
وامتناع التسليم عادة لا دخل له في الفرق مع جواز الامتناع   وهل لها ذلك بعد الدخول خلاف   اختلف كلام
الاصحاب في ان المرأة اذا سلمت نفسها للزوج فدخل بها هل لها الامتناع منه بعد ذلك حتى تقبض المهر على
قولين احدهما وهو ظاهر اطلاق الشيخ في النهاية وظاهر اطلاق ابن البراج في كتابيه وبه قال المفيد ان لها ذلك
وهو الذي قواه في المبسوط لان المقصود بعقد النكاح منافع البضع فيكون المهر في مقابلها ويكون تعلق الوطء الاول
به كتعلق غيره والثاني وهو مختار الشيخ في الخلاف وابي الصلاح والسيد المرتضى في الانتصار وعامة المتاخرين انه
ليس لها ذلك وهو الاصح للاجماع على ان المهر يستقر بالوطء الاول فلا يكون لما عداه عليه به تعلق وقد حصل تسليمها
نفسها برضاها واستقر المهر فانحصر حقها في المطالبة دون الامتناع ولان النكاح معاوضة ومتى سلم احد المتعا وضنن
العوض الذي من قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك حبسه لتسلم العوض الآخر ولان منعها نفسها قبل الدخول
لاجل المهر ثابت بالاجماع اما بعده فلا دليل عليه فينتفي بالاصل فان التسليم حق عليها والمهر حق عليه والاصل عدم تعلق
احد الحقين بالآخر فيتمسك به الى ان يثبت الناقل وهو منتف هنا   لو دخل بها كرها فهل حق الامتناع باق بحاله
ام لا فيه وجهان احدهما لا لصدق القبض والثاني نعم لانه قبض فاسد لعدم جوازه شرعا فلا يترتب عليه اثر الصحيح
ولاصالة البقاء الى ان يثبت الناقل وليس بثابت ولو سلم الولي المجنونة ومن جرى مجراها قبل قبض الصداق فهل
لها الامتناع بعد الكمال يحتمل ذلك ويمكن ان يقال هل يجب على الولي حبسها حتى تقبض المهر كما في المعاوضات
المالية ان قلنا نعم كان لها الامتناع لا محالة   ولو كان موجلا لم يكن لها الامتناع فان امتنعت وحل لم يكن لها الامتناع ع
على راي لاستقرار وجوب التسليم قبل الدخول   ما سبق حكم الصداق اذا كان كله حالا او ان اطلق العبارة ولم يقيد

بالحلول لان ذكر المؤجل بعده يقتضي ذلك فاما اذا كان كله مؤجلاً فليس لها الامتناع قبل حلول الاجل قطعاً اذ
لا يجب لها عليه شيء ح فينتفي وجوب حقه عليها بغير معارض فان اقدمت على فعل المحرم وامتنعت الى ان حل
الاجل فهل لها الامتناع ح الى ان تقبض فيه قولان احدهما نعم لمساواته بعد حلوله الحال من اول الامر ويظهر من
عبارة الشارح الفاضل السيد استناد هذا القول الى ظاهر كلام الشيخ في النهاية حيث قال للمرأة ان تمتنع من
زوجها حتى تقبض منه المهر ولم يفصل بين الحال والمؤجل لكن المص قال في المختلف ان الخلاف انما هو في المهر الحال ٥
اما المؤجل فلا والثاني لا لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول فيجب استصحابه ولانها لما رضيت بالتأجيل بنت
امرها على ان لا حق لها في الامتناع فيمتنع ثبوته بعد ذلك لانتفاء المقتضي وهو الاصح ولو كان المهر مؤجلاً
وبعضه معجلاً كان للبعض المؤجل حكم المهر المؤجل وللمعجل حكم المعجل وانما يجب تسليمه لو كانت مهيئة للاستمتاع فان
كانت محبوسة او ممنوعة لعذر لم يلزم اي انما يجب تسليم المهر اذا كانت الزوجة مهيئة للاستمتاع مستعدة
له لا مانع لها منه فان كانت محبوسة بحق او باطل لم يجب عليه تسليمه لان الواجب هو التسليم من الجانبين فاذا تعذر
من احدهما لم يجب من الجانب الآخر وكذا لو كانت ممنوعة لعذر شرعي كالمحرمة والمعتدة عن وطي الشبهة
ولو كانت صبية فالاقرب وجوب التسليم مع طلب الولي هذا في حكم الاستثناء من اطلاق ما قبله فان الصغيرة
وهي من لم تستكمل تسع سنين غير مهيئة للاستمتاع فانه لا يجوز الدخول بها قطعاً ومع ذلك فالاقرب عند المص
وجوب تسليم مهرها اذا طلبه الولي ولو طلب الزوج تسليمها اليه لما عدا الوطي من الاستمتاعات ففي الوجوب وجهان
احدهما يجب لان الممنوع الوطي دون غيره وباقي الاستمتاعات حق له فيجب التسليم لها والثاني لا لان الصغيرة ليست
محل الاستمتاع وامساكها شرعاً حضانة والزوج ليس اهلاً لها وانما هي للاقارب وايضاً فان الزوج اذا خلا بها
لم يؤمن ان يأتيها فتتضرر وربما ادى ذلك الى افضائها او هلاكها وعلى هذا لو بذلت له على هذا الوجه لم يجب
القبول اذا تقرر ذلك فوجه قرب وجوب التسليم انه حق ثابت حال طلبه ممن له حق الطلب فوجب دفعه كغيره من
الحقوق الثابتة لا يقال النكاح معاوضة وحكم المعاوضات عدم وجوب تسليم احد العوضين الا مع تسليم الآخر
وضعف الزوجة مانع من وجوب تسليمها فلا يجب تسليم الصداق لانا نقول ان الزوج لما عقد على الصغيرة بمهر
حال اوجب على نفسه العوض في الحال ورضي بتأخير قبض المعوض الى زمان البلوغ بناء على القول بعدم وجوب
تسليمها الى الزوج فلم يكن له منع التسليم الى زمان التسليم كما لو تزوجت الكاملة بمهر مؤجل فانه يجب عليها تسليم نفسها
قبل قبض المهر ويحتمل عدم الوجوب وهو اختيار الشيخ في المبسوط وبه جزم ابو الصلاح كما لا يجب تسليم النفقة لان
الاستمتاع غير ممكن وضعفه ظاهر لانه بعقد النكاح اوجب على نفسه المهر ولمن بتأخير الاستمتاع الى زمان بلوغها
وليست النفقة كذلك لان سبب وجوبها هو التمكين التام دون العقد ولو منعت من التمكين لا للتسليم ففي

وجهين

وجوب التسليم اشكال اي لو منعت الزوجة نفسها من الزوج فلم تمكنه من نفسها وهي متهيئة للاستمتاع والصداق حال ل
يستحق المطالبة به وعلم منها ان منعها نفسها ليس لاجل تسليم المهر ففي وجوب تسليم المهر على الزوج لو طلبته في هذه الحالة
اشكال ينشأ من ان منعها نفسها من التمكين الى زمان تسليم المهر على الوجه الذي قدمناه حق ثابت لها غير مسقط لوجوب
تسليمها المهر مع طلبها اياه ولا فرق بين كون المنع لاجل التسليم او لاجل غيره لعدم اختلاف المنع على التقديرين والا خنلاف
انما هو في القصد ومن ان المستحق لها هو المنع لتسليم المهر لان ذلك مقتضى المعاوضة لا المنع لغيره فاذا امتنعت
لغير التسليم انتفى البدل المعتبر شرعا في وجوب التسليم واعلم ان تحرير الكلام في هذا المبحث يستدعي امورا الزوجان
بالنسبة الى تسليم البضع والمهر عند الطلب منهما اما ان يتفقا على التسليم او يختلفا فان اتفقا فلا بحث وان اختلفا
فاما ان يبذله واحد منهما ما عليه ويمتنع الآخر او يمتنع كل منهما من التسليم حتى يسلم الآخر فان بذله احدهما ما
عليه ومكن الآخر من تسليمه اجبر الآخر على التسليم اجماعا وان قال كل منهما لا اسلم حتى اتسلم ففيه وفي نظايره من المعاوضات صح
ثلثة اقوال ان يجبر الزوج على تسليم الصداق اولا ثم تسلم نفسها لا يجبر واحد منهما لكن اذا بادر احدهما الى التسليم
اجبر الآخر انهما يجبران معا بان يؤمر الزوج بوضع الصداق عند عدل وتؤمر بالتمكين فاذا امكنت سلم
العدل الصداق اليها ولم يذكر الشيخ في المبسوط الا القولين الاخيرين وقوى الثالث وحكاه المص عنه في التحرير ولم
يصرح بقبوله ورده والاشهر في جميع المعاوضات اجبار المتعاوضين معا على التسليم وبه صرح شيخنا في شرح
الارشاد حتى في النكاح وكلام المص هنا محتمل لكل من القول الاول والثالث لا الثاني ظاهره الاول لان جواز منعها
نفسها حتى تقبض الصداق تقتضي وجوب تسليم الزوج اولا انا نقول لا نم لان لكل منهما المنع الى ان تسلم من الآخر
فلا يكون تجويز المنع للزوجة الى زمان القبض منافيا لثبوت مثله للزوج نعم يظهر من استشكاله وجوب تسليم الآخر
المهر على تقدير منع التمكين لا للتسليم ترجيح الثالث اذ لو وجب تسليم الزوج اولا لوجب عليه التسليم فاذا اسلم ولم تسلم
اجبرت على التمكين ولم يتجه الاشكال فان قيل قوله سابقا وانما يجب تسليمه لو كانت مهيئة للاستمتاع الخ يقتضي
ترجيح الاول اذ لا فائدة فيه بدونه قلنا لا نقتصر وفائدته ان هذا الحكم ثابت على جميع الاقوال فهو مجمع عليه اذا تقرر
ذلك فاعلم ان منعها نفسها لا لاجل تسليم الصداق وان كان حراما عليها الا ان اجبار الحاكم كلا منهما على تسليم ما عليه
على الوجه السابق لا يسقط بذلك ولا يتغير به الحكم ذكره الشارح الفاضل ولد المص لبيان احد وجهي الاشكال
ان وجوب التمكين موقوف على تقدم التسليم وهذا انما يتم على القول بوجوب تسليم الزوج المهر اولا وعلى هذا القول
يسقط الاشكال لانه يجب على الزوج التسليم اولا فاذا اسلم ولم تسلم نفسها اجبرها الحاكم على ذلك حمل الشارح السيد
العبارة على ان الاشكال في وجوب تسليمها نفسها اشكال وهو خلاف المتبادر من العبارة ولو اراد ذلك لكان
الانسب ان يقول ففي وجوب التمكين اشكال وكيف قدرنا فلا يختلف الحكم فيامر الحاكم الزوج بتسليم المهر الى عدل ثم يامرها

بالتمكين مع طلب الزوج لانه انما يستحق التمكين بعد بذل المهر قضاء لحق المعاوضة فادام تطلبه الى فى بذل العدل الى ان تطلبه ولو صرحت بالرضا بيقائه فى يد الزوج او ذمته ولم تمكن فالظاهر انها تجبر على التمكين بدون تسليم المهر لانها اسقطت حقها من تقديم تسليمه ولو مكنت كان لها الطلب وان لم يطأ فان رجعت الى الامتناع سقط طلبها الا اذا وطئها فان المهر يستقر بالوطي مرة اي لو بادرت الى تمكين الزوج من نفسها متبرعة بذلك كان لها طلب الصداق اجماعا ويجب على الزوج بذله وقطعا سواء وطئ ام لم يطأ لان التاخير منه فان رجعت الى الامتناع نظر فان كان قبل الوطي كان لها ذلك كما كان قبل التمكين سواء لان القبض بالنسبة الى المعقود عليه هو الوطي ح فيسقط طلبها للمهر بمعنى انه لا يجب على الزوج تسليمه اولا بل يسلم مع تسليمها كما سبق تحقيقه ولا يخفى ان هذا لا يتجه على القول بوجوب مبادرة الزوج الى تسليم المهر فيكون دليلا على عدم اختيار المص له وان كان بعد الوطي فقد حصل القبض من طرف الزوج واستقر المهر جميعه وتعين وجوب دفعه بطلبها فان لم يدفعه اجبر عليه لا محالة وقد سبق انها لو ارادت الامتناع لتقبض في هذه الحالة لم يكن لها ذلك ولا يخفى ان الاستثناء من سقوط الطلب في جميع الاوقات اي سقط في جميع الاوقات الا وقت تحقق الوطي فان الطلب لا يسقط لاستقرار المهر بالوطي فلو دفع الصداق فامتنعت من التمكين اجبرت على التمكين لا محالة وليس له استرداد الصداق لانه تبرع بالتسليم فلم يكن له الرجوع كما لو عجل المديون الدين المؤجل وعلى القول بوجوب تسليم الصداق اولا على الزوج له الاسترداد لان ذلك يشترط تسليم العوض كذا قيل فعلى هذا يكون منع المص اياه من الاسترداد دليلا على عدم اختيار هذا القول واذا سلم الصداق فعليها ان يمهلها مدة استعدادها بالتنظيف والاستحداد الاستحداد استفعال من الحديد وهي هنا كناية عن ازالة الشعر ولو بغير الحديد كالاطلاء بالنورة وان كان اصله الازالة بالحديد وظاهر قول المص فعليه ان يمهلها مدة استعدادها الوجوب ولم يقدر المدة وقدرها الشيخ في المبسوط بثلثة ايام وقوى وجوبها محتجا بقوله عم ونهيه ان يطرق الرجل اهله ليلا وبان العادة جارية بذلك وهذا المحصل استدلالا ويؤيده ما روي في حديث امهلوا كي تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة ولا دلالة في الاخبار على المدة ولا على وجوب وذهب في التحرير الى عدم الوجوب لانتفاء مقتضيه ويمكن ان يقال في ذلك حق للمراة لانه اذا رآها على غير حال الاستعداد لو من تنفره منها فيكون مضرا بحالها ويمكن القول بالوجوب والتحديد بالحاجة لا بثلثة ايام وكيف كان فمتى اوجبنا امهالها يحرم التعرض اليها حتى تنقضي مدته واعلم ان قوله بالتنظيف صحيح لان المراد تنظيف نفسها بالامتشاط وازالة الاوساخ ولو قال بالتنظف لكان اوقع ولا يمهلها لاجل تهيئة الجهاز ولا لاجل الحيض لامكان الاستمتاع بغير القبل اي لا يجب ذلك فلو طلبت الامهال لاجل تهيئة الجهاز وهو بفتح الجيم والكسر ما تحتاج اليه العروس لم يجب الاجابة اجماعا ويجبرها الحاكم على التمكين من دونه ان ابت وكذا القول لو كانت حائضا وطلبت الامهال الى الطهر لم يجب الاجابة لامكان باقي الاستمتاعات سوى الوطي في القبل ولو ظهر من

حال

حالة انه بانتهائها في الحيض فلها الامتناع من المضاجعة ولو كانت صغيرة لا تطيق الجماع او مريضة وجب الامهال ه
المراد لو كانت صغيرة صغراً لا تطيق معه الجماع وان بلغت تسع سنين وجب بحكم امهالها الى زمان الاطاقة وكذا
لو كانت مريضة مرضاً لا تطيق معه الجماع ولم يقيد المص المريضة بعدم الاطاقة وكانه استغنى بتقييد المعطوف عليه
ويلوح من اطلاق وجوب الامهال ان الزوج لو طلب التسليم لكل منهما وقال لا اقربها الى ان يزول المانع لا يجاب لانه ربما
لا يفي فيتضرر انه ومثله كلام للمص في التحرير والشيخ في المبسوط ولم يتعرضوا لوجوب تسليم المهر وعدمه لكن صرحوا بعدم
وجوب نفقتها حتى تبرأ وتسلم نفسها وقد يفرق بين النفقة والمهر بان النفقة لا تجب الا بالتمكين والمهر يجب بالعقد
والمايتقرر كمال المهر بالوطي او موت احد الزوجين لا بالخلوة على الاقوى سياتي انشاء الله تع ما يعلم منه ان الموجب للمهر
اما العقد او الفرض او الوطي واستقرار الواجب بالعقد او الفرض يكون بامرين احدهما الوطي وان كان حراماً كالوطي طي
في الحيض والاحرام ويدل عليه مع الاجماع ان الوطي بالشبهة يوجب المهر ابتداء فلان تقرره في النكاح الصحيح اولى
ويكفي لذلك الوطية الواحدة اتفاقا والثاني موت احد الزوجين وسياتي الكلام على موت الزوجة عن قريب انشاء
الله تع واما موت الزوج منهم فانه تقرر وجوب جميع المهر عند اكثر الاصحاب خلافا للصدوق في المقنع فانه اوجب النصف
والمذهب وجوب الجميع لنا ان الموت لا يبطل النكاح لانهما يتوارثان واذا لم يبطل بالموت ولم يبق كان الموت نهايته له
وانتهاء العقد كاستيفاء المعقود عليه فيجب العوض بكماله بدليل الاجارة وما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق ع
قال في المتوفى عنها زوجها اذا لم يدخل بها ان كان فرض لها مهراً فلها مهرها الذي فرض لها ولها الميراث الحديث
وغيره من الاحاديث الكثيرة وفي عدة احاديث ان لها نصف المهر كما في الطلاق ونزلها الشيخ على الاستحباب بمعنى
انه يستحب لها ان لا تطلب اكثر من النصف ولا يستقر المهر بالخلوة التي مانع معها من الوطي على الاصح وقد اختلفت
اقوال الاصحاب في ذلك فقال الشيخ في النهاية ان الخلوة توجب المهر على ظاهر الحال وعلى الحاكم ان يحكم بذلك وان لم يكن
قد دخل لكن ليس للمراة ان تاخذ اكثر من النصف مع علم الدخول ومتى اثبت الزوج ان بكارتها باقية على هيئتها
لم يلزمه الا النصف وتبعه ابن البراج وقطب الدين الكيدري وقريب منه قول ابن الجنيد فانه اوجب المهر بالخلوة
ولم يجوز للمراة اخذه اذا لم يقع جماع ولا ما يقوم مقامه من انزال الماء من غير ايلاج او لمس عورة او نظر اليها
او قبلة بان تلذذ بشيء من ذلك خصياً كان او عنيناً او فحلاً لزمه المهر وقال ابن حمزة اذا خلا بها وادعى عدم المواقعة
فان امكنه اقامة البينة على ذلك فاقامها قبلت منه والا فالقول قولها بيمينها وقال ابن بابويه في المقنع اذا خلا الزوج
بزوجته ثم انكرا معاً المجامعة لم يصدقا لانها تنفي عنها العدة وهو ينفي وجوب المهر وحكى الشيخ في المبسوط الخلاف
عن قوم من اصحابنا ان الخلوة كالدخول يستقر بها المسمى ويجب بها العدة ومال فيهما الى ان وجودها كعدمها فيجب
بالطلاق بعدها نصف الصداق ولا عدة على المراة والى هذا ذهب ابن ابي عقيل وعامة المتاخرين وهو الذي صرحنا

باختياره سابقا لنا قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم والمراد من المس الجماع اتفاقا وما رواه يونس ابن يعقوب عن الصادق ع قال سمعته يقول لا يوجب المهر الا الوقاع في الفرج ورواية محمد بن مسلم عن الباقر ع وقد سأله متى يجب المهر قال اذا دخل بها وقول الصادق ع في رواية زرارة عن الباقر ع قال اذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها فاغلق عليها بابا وارخى سترا ثم طلقها فقد وجب الصداق وخلاؤه بها دخوله وفي معناها رواية اسحق بن عمار عن الصادق عن الباقر عليهما السلم عن علي ع قال ان المرأة سلمت المعقود عليه تسليما صحيحا فوجب ان يستقر العوض كما في تسليم العين المؤجرة الى المستاجر مدة الاجارة وان لم ينتفع واجاب المص في المختلف المنع من صحة الخبرين وحملها الشيخ على ما اذا كان الزوجان متهمين واستدل على الجمع برواية ابي بصير عن الصادق ع انهما لا يصدقان بعد الخلوة في عدم الوطي لانها تدفع العدة عن نفسها وهو يدفع المهر والفرق بين الاجارة والنكاح ظاهر فان المنافع في الاجارة تتلف بمضي الزمان والمنفعة تتلف بالاستيفاء دون مضي الزمان واعلم ان المص في المختلف حقق هذا المقام بنحو ما نقله الشيخ عن ابن ابي عمير وارتضاه وحاصله ان الموجب لكمال المهر هو الدخول دون الخلوة لكونها مظنة له ولا ينفك عنه غالبا بل دونها كمال المهر مع ادعاء المرأة الدخول لانها تدعي الظاهر فيقوى جانبها فيكتفى بيمينها ولا يقبل من الرجل الا البينة اما مع تصديق المرأة على عدم الدخول فلا يجب الا النصف قطعا وهذا التحقيق هو الذي حاوله الشيخ في النهاية ومن تابعه وصرح ابن حمزة وقرب منه ما قاله ابن الجنيد وان كان في كلامهم مخالفة اخرى حيث الحق بالوطي غيره وقريب من ذلك كلام ابن بابويه وان كان اطلاق قوله بعدم قبول الزوجين في عدم الوطي محل نظر والمناقشة في ذلك على رواية ابي بصير وبظاهر من كلام الشيخ العمل بها مع التهمة وللتوقف في ذلك مجال فتلخص من هذا ان اكثر الاصحاب لا يقولون ان الخلوة بنفسها موجبة لاستقرار المهر كله   ويستحب تقليله ويكره ان يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم روى اسماعيل بن مسلم عن الصادق ع عن ابيه عن ابائه عليهم السلم قال قال رسول الله ص افضل نساء امتي اصبحهن وجها واقلهن مهرا وفي حديث احمد عن الحسين بن خالد قال سألت ابا الحسن ع عن مهر السنة كيف صار خمسمائة فقال ان الله تع اوجب على نفسه ان لا يكبره مؤمن مائة تكبيرة ويسبحه مائة تسبيحة ويحمده مائة تحميدة ويهلله مائة تهليلة ويصلي على محمد وآله مائة مرة ثم يقول اللهم زوجني من الحور العين الا زوجه الله حوراء وجعل ذلك مهرها ثم اوحى الله عز وجل الى نبيه ان سن مهور المؤمنات خمسمائة درهم ففعل ذلك رسول الله ص وآله ايما مؤمن خطب الى اخيه حرمته فبذل خمسمائة درهم فلم يزوجه فقد عقه واستحق من الله عز وجل ان لا يزوجه حوراء واعلم ان ظاهر قوله ويكره ان يتجاوز السنة شمول الكراهة للزوج والزوجة والاخبار لا تنهض حجة على ذلك وقد روي ان الحسن ع تزوج امرأة فاصدقها مائة جارية مع كل جارية الف درهم   وان يدخل بالزوجة قبل تقديمه او بعضه او غيره ولو هدية   مستند ذلك ما رواه ابو بصير

عن الصادق ع قال اذا تزوج الرجل المرأة فلا يحل له فرجها حتى يسوق اليها شيئا درهما فما فوقه او هدية من سويق او
غيره قال الشيخ وهذه الرواية وردت على جهة الافضل فاما ان يكون ذلك واجبا او تركه محظورا فلا لما رواه عبد الحميد
الطائي عن ابي عبد الله ع انه يجوز الدخول بالمرأة قبل اعطائها شيئا وقد اعترض ابن ادريس عبارة الشيخ في النهاية نه
حيث استحب للرجل قبل الدخول بامرأته تقديم شيئا تستبيح به فرجها بان الذي يستباح به الفرج هو العقد
دون ما يقدمه واعتذر المص في المختلف عن ذلك بانه قصد بذلك التاكيد في الاستحباب وتابع لفظ الرواية ابي بصير
المتقدمة ولا فرق بين موت الزوج قبل الدخول او المرأة في الاستقرار جميع المهر بموت كل واحد من الزوجين سواء
الرجل والمرأة وقد ذكرنا خلاف الصدوق في الاستقرار بموت الرجل وبينا ضعفه وحققنا انه يستقر واما موت
المرأة فقد ذهب عامة الاصحاب الى انه كذلك وذهب الشيخ في النهاية وابن البراج في الكامل وقطب الدين الكيدري
الى انه انما يجب بموتها النصف خاصة تعويلا على عدة اخبار منها ما رواه ابن ابي يعفور في الصحيح عن الصادق ع
في امرأة توفيت قبل ان يدخل بها زوجها ما لها من المهر وكيف ميراثها قال اذا كان قد مهرها صداقها فلها نصف
المهر وهو يرثها الحديث وغير ذلك من الاخبار والمختار ما قدمناه وقد روى منصور بن حازم في الموثق عن الصادق ع
قال قلت له رجل تزوج امرأة وسمى لها صداقا ثم مات عنها ولم يدخل بها قال لها المهر كاملا ولها الميراث قلت فانهم رووا عنك
ان لها نصف المهر قال لا يحفظون عني انما ذلك للمطلقة قال الشارح السيد يحتمل ان يكون مراد الشيخ بقوله لاوليائها النصف
من جهة سقوط النصف الآخر عن الزوج بالميراث لكونها غير ذات ولد بقرينة قوله كان لاوليائها النصف وح لا يبقى بين
القولين منافاة ويكره للورثة المطالبة بالمهر مع الدخول اذا لم تكن قد طالبت به روى عبد الرحمن ابن الحجاج عن
الصادق ع في حديث طويل ان المرأة اذا ماتت بعد ان اقامت مع الرجل الى ان ماتت لا تطلب صداقها فلم يجاء
ورثتها بعد موتها يطلبون صداقها لا شيء لهم وفي معناها روايات اخر ونقل الشيخ في التهذيب عن بعض اصحابنا
ان الدخول يهدم الصداق احتجاجا بهذه الاخبار ونزلها الشيخ على ان المرأة لا تعطى المهر في هذه الحالة الا بالبينة
ويلوح من عبارة المص انه نزلها على كراهة المطالبة ولفساده اسباب الاول عدم قبولية الملك كالخمر والخنزير
مع اسلام احد الزوجين كالحر وما لا قيمة له ولا منفعة مباحة فيه من مباحث المهر البحث عن الفاسد ولفساده
اسباب حصرها المص في ستة الاول عدم قبولية الملك في شرع الاسلام كالخمر والخنزير مع اسلام احد الزوجين
بخلاف ما اذا كانا ذميين وكذا الحر سواء كان الزوجان مسلمين او كافرين وكذا ما لا قيمة له عند احد من الناس ولا
منفعة مباحة فيه كالعذرة النجسة ونحوها فلو تزوج المسلم على خمر او خنزير او حر كذلك او على مقدار معين
من الخمر في الذمة بطل المسمى قطعا لعدم صلاحيته وفي بطلان العقد من اصله قولان احدهما واختاره الشيخ في
النهاية والمفيد في المقنعة وابن البراج وابو الصلاح انه يبطل لان الرضا بالنكاح مشروط في العقد ولما وقع على

المسمى وهو باطل فينتفي الرضا فيكون العقد باطلاً لانتفاء الشرط ولان النكاح عقد معاوضة فيبطل ببطلان العوض
ولقول الباقر عليه السلام المهر ما تراضيا عليه قل او كثر ويلزم بعكس النقيض ان ما لم يتراضيا عليه لا يكون مهراً ولا ريب ان غير
المسمى لم يقع عليه التراضي فامتنع كونه مهراً والنكاح الصحيح لابد له من مهر سابق او لاحق فمتى تخلف عنه بطل اه
والثاني واختاره الشيخ في المبسوط والخلاف وابن الجنيد وابن زهرة وابن ادريس والمص هنا وفي التحرير لان المهر ليس
ركناً في العقد وانما الركن فيه الزوجان ولهذا جاز عراء العقد عنه بل اشتراط عدمه وليس ذكر الفاسد اعظم
من اشتراط ولان النكاح والصداق غيران فلا يقتضي فساد احدهما فساد الآخر وهذا هو الاصح وتوقف المص
في المختلف ويجاب عن الاول بان بطلان المسمى لا ينفي اصل الرضا بالنكاح والا لم يصح النكاح لو تبين كونه مستحقاً والمراد
في الحديث ان المهر الذي يراد ذكره في العقد والمعنى لاحد له باعتبار القلة والكثرة بل مناطه التراضي بقرينة
قوله قل او كثر ولان الواجب بالدخول في المفوضة لم يتراضيا عليه مع انه مهر اذا تقرر ذلك فعلى القول بالصحة
ما الذي يجب للاصحاب فيه اقوال احدها انه يجب مهر المثل اختاره الشيخ في الخلاف وابن حمزة وهو ظاهر كلام ابن ادريس
واختاره المص هنا وفي التحرير وهو الاصح لان عدم صلاحية المسمى لان يكون صداقاً اقتضى بطلان التسمية فصار العقد
خالياً منها فيجب بالوطي مهر المثل لانه قيمة البضع والثاني انه يجب قيمة الخمر او الخنزير عند مستحليه والحر على تقدير العبودية
اختاره بعض الاصحاب ووجهه بان الزوجين لما ذكرا في العقد عوضاً كان مقصودهما ذلك العوض دون قيمة
البضع وهو مهر المثل ولذلك العوض خصوص وهو عينه وعموم وهو ماليته باعتبار مقابلة البضع وهو متقوم
فاذا لم يمكن اعتبار عينه يعتبر ذكره في المالية فلا يلغى التقدير بذلك القدر وان لغا التعيين فيقدر مالاً ويجب
قيمته على ذلك التقدير ورد بان كونه تقدير المالية فيما يمتنع ماليته تقدير للمحال فيلغى التقدير كما يلغى التعيين وفيه
نظر لانه يلزم من الحكومة ليوخذ الارش من الدية يلحظ القيمة على تقدير العبودية ويمكن رده بوجه آخر وهو انما
بطل تعيينه لم يمكن اعتبار ماليته بسبب مقابلته للبضع مستلزماً لوجوب قيمته لان وجوب المال المخصوص عوضاً
انما يكون بذكره في العقد فيجب مهر المثل وفرق الشيخ في موضع من المبسوط بين الحر والخمر فان الحر ليس مالاً اصلاً
ومالية الخمر منفية للمسلم لا عليه للذمي ولا للذمي على مثله فنقل عن بعضهم وجوب مهر المثل في الحر والقيمة في الخمر واعلم
ان اطلاق عبارة المص في قوله وهل يثبت المسمى او مهر المثل قولان يحتمل وجوب مهر المثل بنفس العقد كما يفهم من بعض
كلام الشيخ ويرشد اليه تعليل جماعة لانه اذا كان العوض فاسداً وجب رد العوض الآخر فاذا تعذر رده لصحة
النكاح وجب مهر المثل وكذا بنا بعض العامة القولين بوجوب مهر المثل او القيمة على ان الصداق اذا تلف قبل القبض
يرجع الى مهر المثل او بدله الصداق فان وجب بدل الصداق مهر المثل اذا لم يبق الصداق فكذا يجب اذا لم العين المذكور
لان يكون صداقاً وان وجب بدل الصداق هناك فقد بقي عقد الصداق مع فوات العين اعتماداً على المالية فكذلك

فى الابتداء يحكم بانعقاد الصداق اعتمادًا على المالية وفيه ضعف للفرق بين وجوب البدل بعد وجوب الصداق للحكم بصحته
وبين بطلان التسمية من اول الامر بحيث ينعقد النكاح بدونه والمص فى الارشاد قيد وجوب مهر المثل بالدخول والشا رح
الفاضل ولد المص جعل مناط الخلاف فيما يجب من المهر هو الوطى وفى عبارته مسامحة لان التقييد بذلك على تقدير مهر
المثل ظاهر اما على تقدير القيمة فلا لاعتبار التسمية على هذا التقدير   ولو تزوجها على ظرف خل فخرج خمرًا صح العقد
وثبت مهر المثل وقيل مثل الخل وكذا لو تزوجها بعبد فبان حرًا اذا عقد على ظرف فى زعمهما وعيناه بالاشارة اليه فخرج
خمرًا فقضية كلام الاصحاب صحة النكاح قولًا واحدًا واما المهر فلا شبهة فى فساده وفيما يجب ثلثة اقوال احدها مهر المثل
اختاره المص هنا وبعض الاصحاب لبطلان التسمية بسبب عدم صلاحية المسمى ولما امتنع رد المعوض وهو البضع لصحة
النكاح وجب الرجوع الى قيمته وهو مهر المثل وينبغى ان يكون وجوبه بالدخول لان صحة النكاح لا تستلزم وجوب المهر ويحتمل
وجوبه بنفس العقد كما سبق الكلام فيه الثانى انه يجب بقدره خلًا لانهما حيث عقدا على معين كان مرادهما ذلك المعين
دون مهر المثل وحيث عقدا على المعين على انه خل فقد تراضيا على خل بقدره هذا لان الرضا بالجزئى يتضمن الرضا بالكلى
اذ هو جزؤه فمع بطلان الجزئى لظهور عدم صلاحيته لكونه بحسب الواقع خمرًا تعين وجوب الكلى لانه احد الامرين
اللذين وقع التراضى بهما ولانه اقرب الى المعقود عليه لانه مثله وهو اختيار ابن ادريس وابن الجنيد حيث قال لها
مثله خل خمر وحسنه المحقق ابن سعيد وقال المص فى المختلف انه قوى ولقائل ان يقول ان الكلى الذى وقع التراضى مي
عليه بالعقد على الجزئى هو الكلى المقترن بالمشخصات الموجودة فى ذهن المتعاقدين وهذا ينتفى بفقده اذا ارتفعت
المشخصات والمحكوم بوجوبه غيره اعنى الكلى فى ضمن شخص آخر وهذا اذا لم يقع التراضى عليه اصلًا لا اصالة ولا
تبعًا فايجابه بالعقد ايجاب لما لم يتراضيا عليه وكونه اقرب الى المعقود عليه مع تسليم صحته لا يستلزم وجوبه
لان المهر الذى يجب بالعقد هو ما تراضيا عليه ولا يلزم من التراضى على احد المثلين التراضى على الآخر الثالث وجوب قيمة
الخمر عند مستحليه اختاره الشيخ فى المبسوط والخلاف لان قيمة الشئ اقرب اليه عند تعذره ولانهما عقدا على شخص باعتبار
ماليته فمع تعذره لظهور بطلان الظن وجب المصير الى المالية وفيه نظر لان الانتقال الى القيمة فرع صحة العقد
على ذى القيمة لانه لم يقع التراضى عليها وامتن الاقوال الثلثة دليلًا هو الاول ثم عد الى عبارة الكتاب واعلم ان قوله لو
تزوجها على ظرف خل يريد به كونه خلًا فى ظنهما وقوله صح العقد وثبت مهر المثل يحتمل ان يريد به ثبوته بالعقد على
حد القول بوجوب مثل الخل ويحتمل ان يريد ثبوته بالدخول لانه قيمة البضع فيتوقف ثبوته استيفاها كما لو عقد على
غير مهر ولم يتعرض الى القول الثالث وقوله وكذا لو تزوجها بعبد فبان حرًا ينبغى ان يريد به ثبوت مهر المثل ووجوب
قيمة الحر على تقدير العبودية ولا يتصور وجوب المثل هنا لانتفائه   ولو تزوجها على عبدين فبان احدهما لم
ينحصر الصداق فى الآخر بل يجب بقدر حصة الحر من مهر المثل او قيمته لو كان عبدًا هذه متفرعة على القولين فى المسئلة

السابقة وصورتها انه لو تزوج امرأة واصدقها عبدين بظنه وظنها فبان احدهما حراً بطل الصداق في الحر قطعاً ولا ينحصر
في العبد لانها لم ترض به وحده بل يجب معه ما يقتضيه ضميمة الحر اليه فيبني على القولين السابقين في المسئلة المتقدمة فعلى
القول بعدم اعتبار المسمى ووجوب مهر المثل يستعلم مهر المثل فاذا كان خمسين مثلاً ينظر قيمة المعقود عليهما معاً على تقدير
عبودية الحر وقيمة الحر منهما لو كان عبداً فاذا كانت عشرة استحقت منه مهر المثل بنسبتها الى مجموع القيمتين وهو ثلثه وعلى
القول بوجوب قيمة المسمى في المسئلة السابقة يجب قيمة الحر على تقدير كونه عبداً مع العبد الاخر قلت او كثرت والى ذلك اشار
المص بقوله بل يجب بقدر حصة الحر من مهر المثل او قيمته لو كان عبداً اي بل يجب مع العبد الاخر من مهر المثل بقدر حصة
الحر من مجموع المسمى فالجار يتعلق بيجب والمنسوب اليه الحصة هو المسمى بحذفه في العبارة واعلم ان المص لم يذكر في هذه المسئلة
احتمال فساد الصداق جميعه وقد ذكره فيما اذا ضم الى المعلوم مجهولاً ولم يتعرض الى احتمال تسلطها على الفسخ على القول
بعدم بطلان الجميع لفوات بعض المعقود عليه وقد اورد في التحرير فيه اشكالاً وعندي في حكمها تردد فان القول ببطلان ٥
التسمية في كل من العبد والحر مع تعلق الغرض بعين المعقود عليه وصلاحيته للعقد عليه مشكل والقول بتلفيق
الصداق من المسمى ومهر المثل مع تنافي مقتضيهما ايضا مشكل والانتقال الى قيمة الحر على تقدير العبودية مع عدم صحة
تسميته مشكل فالتوقف اولى و لو اصدقها عيناً فخرجت مستحقة فان كانت مثلية فالمثل والا فالقيمة ويحتمل مهر المثل
هذه ايضا من مسائل الباب وصورتها انه اذا اصدقها عيناً فخرجت مستحقة لغير المصدق بطل كونها صداقاً لامتناع
صحة نقل مال الغير وفيما يجب لها وجهان احدهما انه يجب لها مثل تلك العين ان كانت مثلية وقيمتها ان كانت قيمية
لان العقد والتراضي جرى على تلك العين وقد تعذر ايصالها لانها مال الغير فوجب بدلها وهو المثل او القيمة والثاني
انه يجب مهر المثل لفساد التسمية المقتضي لبطلان الصداق وتعذر الرجوع الى العوض وهو البضع لصحة النكاح
فيجب قيمته وهو مهر المثل وفي هذا قوة ويلوح من عبارة ترجيحه بالتسمية وبه صرح الشارح الفاضل ولد المص وفيه نظر لان ن
بطلان المسمى ليس تسمية لشيء اخر ولا يقتضيها انما صح النكاح مجرداً عن المهر وقد صرح الشارح السيد بانه يكون بمنزلة
من لم يسم مهراً ثم اعلم ان الشارح ولد المص ذكر في تحقيقه بناء الوجهين في المسئلة على ان الصداق حقيقة ام لا فعلى الثاني ي
يجب المثل او القيمة اعتباراً بافادة ذكره التقدير بذلك القدر حيث كان التعيين لاغياً وعلى الاول يجب مهر المثل لان فساد
العوض وتعذر الرجوع الى العوض يقتضي الرجوع الى قيمة المعوض وهو مهر المثل ولقائل ان يقول ان كون الصداق
ليس عوضاً حقيقة لا يقتضي ان لا يكون عوضاً اصلاً فلا يمتنع ان يكون فيه شبه الاعواض اذ لو قيل الصحيح منه بالضم
فيتعين ويجب كما يجب ساير الاعواض في عقود المعاوضات وان لم يكن في اصله عوضاً فانه يجوز اخلاء العقد عنه ولا
يتوقف صحة النكاح عليه بخلاف الاعواض الحقيقية ولم يسلم ما يلزم منه ان المعقود عليه اذا فسد يجب الانتقال الى بدله
ما لم يجر له ذكر ولم يقع عليه تراض وانما يلزم من ذلك صحة النكاح مع فساده وما سوى ذلك فهو محض دعوى عرية

عن الثاني

عن الدليل فلو تزوجها على مهر مجهول بطل المسمى ويثبت مهر المثل لتعذر تقويم المجهول من جهات فساد الصداق
المسمى جهالته فبي عقد على مهر مجهول كعبد ودابة وشيء بطل المسمى لان الصداق وان لم يكن عوضا في اصله الا انه اذا ذكر
في العقد جرت عليه احكام المعاوضات والجهالة من موانع صحتها فيثبت هنا مهر المثل قولا واحدا لامتناع
القول بوجوب قيمة المسمى لان المجهول يتعذر تقويمه وظاهره وجوب مهر المثل بنفس العقد كما مر في نظائره
لان فساد المسمى لا يوجب فساد التسمية لان اثرها عدم التفويض حيث لم يرضيا على النكاح بغير مهر وللنظر فيه
مجال ولو ضم الى المعلوم احتمل فساد الجميع فيجب مهر المثل واحتساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي فلو زاد
عن مهر المثل لم تجب الزيادة على الاول دون الثاني من صور الجهالة ما اذا انضم المعلوم الى المجهول وجعل المجموع الحا صل
من المعلوم والمجهول وهو مجهول لان جهالة الجزء تستلزم جهالة الكل لان العلم بعوض المجهول موقوف على العلم
بنسبة المعلوم الى الكل وكذا نسبة المجهول اليه وهي ممتنع فيكون العلم بالصداق ممتنعا فيبطل ويجب مهر المثل على
هذا فلا يكون المعلوم من جملة الصداق الواجب فلا يجب على دفعه عن مهر المثل بل له دفع غيره والثاني ان يحتسب
المعلوم من مهر المثل وهذا الوجه يستجمع شيئين وجوب مهر المثل وكون المعلوم من المسمى واجبا للزوجة اما الاول
فلان المسمى لما كان بعضه يمتنع كونه من جملة المهر لجهالته وجب مهر المثل لان مقابل البضع اما المسمى او مهر المثل ولما
امتنع الاول تعين الثاني واما الثاني فلان المعلوم قد ذكر في العقد بخصوصه والغرض انه يتعلق بخصوصيات
الاموال ولا دليل على بطلان تسميته من اصله ولا يلزم من بطلان كون المهر الواجب بالتسمية ان لا يكون محسوبا من
مهر المثل وقول الشارح الفاضل ولد المص ان وجوب العين ومهر المثل يستلزم اجتماع النقيضين ان اراد به وجوب
العين باعتبار كونها المهر المسمى فصحيح وان اراد وجوبها على انها من مهر المثل فلا استحالة في ذلك اذا عرفت ذلك
فالمعلوم اما ان يكون بقدر مهر المثل او زائدا عليه او ناقصا عنه فان كان بقدره لم يجب غيره لانتفاء الموجب وان
نقص وجب الكمال لا محالة وان كان زائدا وجبت الزيادة على هذا الاحتمال لانا صححنا التسمية في المعلوم كالمجهول
والى هذا اشار المص بقوله فلو زاد عن مهر المثل لم يجب الزيادة على الاول دون الثاني فانه يريد بالاول احتمال
فساد الجميع وبالثاني احتساب المعلوم من مهر المثل واعلم ان المص ذكر فيما لو اصدقها عبدين فبان احدهما
حرا احتمالين احدهما وجوب قدر حصة الحر من مهر المثل بخلاف الحر على عبوديته ولو قيل يجي هذا الاحتمال
باعتبار ان حصة المجهول من مهر المثل يمكن استعلامها بطريقين احدهما ان المسمى لما كان عبارة عن المعلوم والمجهول
كان لكل منهما اجزاء والاصل عدم التفاضل بينهما فيكون المجهول كله واحدا نصفا كما لو اوصى بشيء لزيد والملك
فان لزيد النصف في وجه فيكون حصة المجهول نصف مهر المثل والثاني تقدير المجهول اقل ما يتمول لان ذلك متيقن
والزائد مشكوك فاذا جرى المعلوم اجزاء لكل منهما اقل ما يتمول ثم المجهول بانهما ونسب الى المجموع واخذ له بتلك

البتة من مهر المثل وكيف كان فانا في هذه المسئلة من المتوقفين ثم اعلم ايضا ان الشارح الفاضل ولد المص ذكر احتمالين
على تقدير احتساب المعلوم من مهر المثل احدهما ان يكون اداء لمهر المثل كما لو شرطاه اداء المسمى الصحيح من مال بعينه والثاني في
ان يجب لكونه جزءا من المسمى ويجب للجزء الآخر وهو المجهول حصته من مهر المثل ويستعمل حصته منه باحد الطريقين
اللذين ذكرهما وزعم ان قول المص فلو زاد لم يجب الزيادة على الاول اشارة الى كون وجوب المعلوم لكونه اداء لمهر المثل وان
قوله دون الثاني اشارة الى ايجاب المعلوم لكونه جزءا من المسمى وما ذكره رحمه الله فاسد لوجوه ان المص لم يذكر في
عبارته سوى احتمال فساد الجميع واحتمال احتساب المعلوم من مهر المثل فارادته بالاول والثاني على ما ذكره الشارح
ارادة لما ليس بمذكور بل ولا يدل عليه شيء في كلامه اصلا وهو واضح الفساد ان هذا الذي زعم ان المص اراده مع لا دليل
عليه فاسد في نفسه لان احتساب المعلوم من مهر المثل لا يستقيم الا على الاحتمال الاول من الاحتمالين اللذين ذكرهما
دون الثاني لان المعلوم على هذا الاحتمال واجب لكونه جزء المسمى وعوض الجزء المجهول حصته من مهر المثل فلا يكون المعلوم
محسوبا من مهر المثل على هذا الاحتمال فكيف يكون متشعبا من احتساب المعلوم من مهر المثل ان قوله نعلم وجوب
الزيادة عن مهر المثل على الاحتمال الاول من الاحتمالين اللذين ذكرهما غير مستقيم فانه مع كونه خلاف مدلول عبارة المص
لا يمتنع ان يجب المعلوم لذكره بخصوصه في العقد فان ساوى مهر المثل او زاد لم يجب شيء آخر لحصول مهر المثل مع الزيادة
وان نقص وجب اكماله فيكون مهر المثل واجبا لعدم التسمية المعتبرة ويجب الزيادة على تقديرها لحصول الشرط المقتضي لها
وانتفاء ما يدل على بطلانها والشارح السيد لم يزد على ان الاول هو احتمال الفساد في الجميع والثاني هو احتسابه
المعلوم من مهر المثل ولم يعرج على ما ذكره ولد المص ولو تزوج واشترى بسط على مهر المثل وثمن واجرة اي
لمن المثل واجرة المثل ويقسط البسط جميعه مهر المثل وثمنه واجرته ونسبة كل واحد منها الى المجموع والاخذ من المسمى
بنسبته كلا الى المجموع والضمير في بسط يعود الى محذوف مدلول عليه لان المراد انه تزوج واشترى واستأجر بعوض
واحد ونظيره ذلك سهل فانها اذا زوجته نفسها وباعته عبدها واجرته دارها سنة بمائة تحقق ذلك وانما ذكر
المص هذه المسئلة هنا للرد على من يقول بفساد ذلك ولو زوجه جاريته وباعها منه بطل النكاح وسقط من المسمى
بنسبة مهر المثل اي لو زوج المولى جاريته من شخص وباعها منه فيبطل النكاح ويحتمل بطلانهما اما صحة البيع فلان المقتضي
لصحته وهو الصيغة المعتبرة موجود ولا يضره بطلان النكاح لانه في قوة عقدين ولا يلزم من بطلان احد العقدين
بطلان الآخر واما بطلان النكاح فلان الزوج اذا طرأ ملكه لزوجته على النكاح بعد الحكم بصحته يبطل النكاح فاذا قارنه
ابطله بطريق اولى واما احتمال بطلانهما فلانهما شيئان تضمنهما عقد واحد فلا يوصف بعضه بالصحة وبعضه بالفساد
ويضعف بان العقد وان كان واحدا في الصورة الا انه في الحقيقة عقدان لان نقل الاعيان على الوجه المخصوص بيع
منضم الى النكاح فلا يلزم من بطلان احدهما بطلان الآخر اذا تقرر ذلك فطريق تقسيط المسمى على المهر وثمن البيع ان ينظر

مجموع مهر المثل للجارية وقيمتها السوقية ثم ينسب كل واحد منهما الى المجموع فيأخذ له بمثل تلك النسبة من المسمى فاذا كان
المثل خمسون والقيمة مائة كان المهر ثلثا والقيمة ثلثين فلو كان المسمى مائة كان قسط المهر ثلثها يرجع الى الزوج لبطلان
النكاح وقسط الثمن ثلثاها ستة وستون وثلثان يستحقها المولى   ولو تزوج واشترى منها دينارا بدينار
بطل البيع ووجب مهر المثل والاقوى ما يقتضيه التقسيط من المسمى اي لو تزوج رجل بامرأة واشترى منها دينارا
وعوض الامرين معا هو دينار واحد فقد جمع بين النكاح والصرف على وجه يلزم منه الربا لان الثمن والمثمن من
جنس واحد وبعض المسمى مهر لا محالة فيبقى بعض الدينار في مقابل الدينار فيبطل الصرف للربا وفي قول يبطل
النكاح ايضا والاصح صحته لوجود المقتضي وهو العقد المركب من الايجاب والقبول وانتفاء المانع اذ ليس الا مقارنة
الصرف المشتمل على الربا اياه وهو غير صالح للمانعية لان بطلان احد العقدين المتقارنين لا يقتضي بطلان الآخر
ويجب مهر المثل عند الشيخ في المبسوط احتجاجا بان الدينار يقع في مقابل الدينار فيبقى النكاح بغير مهر وفيه نظر لان
الدينار في مقابل كل من الدينار والبضع فيكون لكل منهما منه ما يقتضيه التقسيط ومن ثم لزم فساد البيع فيكون
الاصح ما قواه المص فاذا كان مهر مثلها عشرة دنانير مثلا قسم الدينار المسمى احد عشر جزءا لما قلناه من ان مهر
مثلها ومهر المثل عشرة دنانير وثمن المثل دينار فيكون المهر عشرة اجزاء من الدينار والثمن جزء من احد عشر جز
ءا من الدينار   ولو اختلف الجنس صح الجميع اي لو اختلف الجنس في المسألة المذكورة بان كان المبيع مثلا درهما
والمسمى دينارا او بالعكس صح النكاح والصرف لانتفاء الربا ح لان التفاضل مع اختلاف الجنس غير قادح في الصحة لكن
لا بد من التقابض في المجلس هنا وان لم يكن من مسائل جهالة المهر لدفع توهم من عدها من صور الجهالة
ولو شرط في العقد ما لا يخل بمقصود النكاح وان كان غرضا مقصودا في الجملة لم يبطل النكاح بل الشرط ان خالف
المشروع مثل ان شرط ان لا يتزوج عليها او لا يتسرى او لا يمنعها من الخروج او لا يقسم لضرتها فالعقد والمهر صحيحان
ويبطل الشرط خاصة وكذا لو شرط تسليم المهر في اجل فان لم يسلم كان العقد باطلا فانه يبطل الشرط خاصة ومن
فساد المهر وجه فان الشرط كالعوض المضاف الى الصداق ويتعذر الرجوع الى قيمة الشرط فيثبت مهر المثل
الشروط التي تذكر في عقد النكاح اقسام منها ما يخل بمقصود النكاح ومنها ما يقتضيه عقد النكاح ومنها ما لا
يكون واحدا من الامرين وهو اما ان يخالف المشروع او لا يخالفه ومنها ما لا يتعلق به غرض فالاول مثل ان يشترط
في النكاح ان يطلقها او ان لا يطأها ونحو ذلك ومقتضى القوانين عدم صحة النكاح والشرط في هذا القسم لان عقد النكاح
يقتضي ثبوت الشرط وثبوته يقتضي رفع النكاح لما بينهما من المنافاة لان الشرط لما كان منافيا لمقتضى النكاح كان
منافيا له وثبوت احد المتنافيين يقتضي رفع الآخر وقد تقدم قبيل النكاح المنقطع بيان حكم بعض افراد هذا
النوع والثاني مثل ان يشترط ان يقسم لها او ينفق عليها او لا يخرج الا باذنه ونحو ذلك وحكمه ان ذلك ثابت مع الشرط

وبدونه وفائدة الاشتراط تاكيد الثبوت واما الثالث فان خالف المشروع مثل ان يشترط لها ان لا يتزوج عليها او لا يتسرى
او لا يمنعها من الخروج حيث شاءت او لا يقسم لضرتها ونحو ذلك فقد صرح المصنف بان العقد والمهر صحيحان والشرط فاسد سك
وكذا غيره من الاصحاب كالشيخ في المبسوط وابن حمزة وغيرهما اما فساد الشرط فظاهر واما صحة العقد فلاطباق
الاصحاب عليه ويلوح ذلك من عبارة الشيخ في المبسوط حيث قال في هذه المسئلة ولا يفسد المهر عندنا فان صحة المهر
انما تكون مع صحة العقد وفرقوا بين هذا النوع من الشروط ان يؤثر في فساد المهر وفساده لا يقتضي فساد النكاح ح
لانه غير مشروط به بخلاف البيع ونحوه واما المهر فقد صرح الاكثر بصحته ايضا لوجود المقتضي للصحة اذ ليس الا الشرط
الفاسد وهو غير صالح للمانعية لان فساد احد الشيئين المتضمنين لا يقتضي فساد الآخر وفي وجه انه يفسد واليه
الاشارة بقوله وفي فساد المهر وجه اي وفي فساد المهر في المسائل المذكورة وجه واشار الى دليله بقوله فان الشرط
كالعوض المضاف الى الصداق الى آخره وتقريره ان فساد الشرط يقتضي فوت بعض العوض لان العوض في الحقيقة مركب
من المسمى والشرط لان الشرط ارتفاق ونوع حكم المال والرجوع الى قيمته متعذر للجهالة فيجهل الصداق فيتعين
الرجوع الى مهر المثل ولقائل ان يقول ان الدليل اخص من الدعوى لان الدليل لو تم انما ينتج ثبوت مهر المثل اذا كان
الشرط من الزوج للزوجة ليكون بعض العوض لانه اذا كان الشرط من الزوجة للزوج لا يكون بعض العوض فلا
يتجهل الصداق بفواته ويمكن الجواب بان الدليل مركب من امرين ذكر احدهما ونبه بالمذكور على ما لم يذكره وتقريره
ان الشرط اما من الزوج للزوجة او من الزوجة للزوج فان كان الاول فوجهه ما تقدم وان كان الثاني فوجهه ان الشرط
ح بمنزلة بعض العوض والصداق مبذول في مقابل الجميع وبفساد الشرط يفوت بعض العوض وقيمته مجهولة
على ما سبق فلا يعلم نصيب الباقي من العوض من الصداق فيثبت مهر المثل وهنا كلامان احدهما ان اطلاق عبارة زه
المصنف يعم ما اذا كان مهر المثل بقدر المسمى او ازيد او انقص وفي وجه انه ان زاد المسمى والشرط لها فالواجب المسمى لانه
قد رضي ببذله مع التزام ترك حق فمع انتفاء اللزوم يكون الرضا بالمسمى اولى وكذا ان نقص والشرط عليها لانها
قد رضيت بذلك القدر مع ترك حق لها فبدونه اولى وليس هذا الوجه ببعيد الثاني انه قد سبق في بحث الجهالة
فيما لو ضم المجهول الى المعلوم ان فيه احتمالين احدهما وجوب مهر المثل والآخر احتساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي
فينبغي ان يطرد الاحتمالان هنا لان هذه ايضا من مسائل ذلك الباب واطلاق المصنف وجوب مهر المثل على القول بفساد د
المهر ينافي الاحتمال الثاني ويمكن ان يعتذر له بان الاحتمالين لما كانا مذكورين قبل هذا المبحث بيسير اعتمد على
ظهور اطرادهما هنا فلم يتعرض اليهما الثاني ان البائع من جهة المصنف وكذا لو شرط تسليم المهر في اجل الخ ان هذه من صور
اشتراط ما لا يخل بمقصود النكاح وليس بواضح لان الشرط المذكور مخل بنفس النكاح وما اخل بنفس النكاح فهو
مخل بمقصوده لا محالة فان قوله فان لم يسلم كان العقد باطلا من جملة الشرط وهو اشد منافاة للعقد من اشتراط

الطلاق

الطلاق وقد صرح الشارح الفاضل ولد المص بان الشرط المذكور مخل بمقصود النكاح وزعم ان النكاح صحيح وقد روى
محمد بن قيس عن ابي جعفر عم قال قضى علي عم في رجل تزوج المرأة الى اجل مسمى فان جاء بصداقها الى اجل مسمى فهي امرأته
وان لم يجي بالصداق فليس له عليها سبيل شرطوا بينهم حيث انكحوا فقضى ان بيد الرجل بضع امرأته واحبط شرطهم
وقد ذكر المص في التحرير ان الرواية حسنة لكن المتبادر منها ان التزويج الى اجل مسمى وذلك غير محل النزاع فالبطلان او
ان قول المص وفي فساد المهر وجه الظاهر انه يتعلق بجميع المسائل التي ذكر كون الشرط فيها فاسدا والنكاح صحيحا
لان الوجه ثابت في الجميع فلا معنا لقصره على المسألة الاخيرة كما تخيله الشارح ولد المص وذكره بعد هذه المسألة لا
يقتضي اختصاصه بها اذا عرفت ذلك فاعلم ان هذا حكم ما اذا خالف الشرط المشروع ولم يخل بمقصود النكاح وليس
بمشروع لا يصح اشتراطه سواء كان غرضا مقصودا في الجملة او ليس بمقصود اصلا ويفهم منه ان ما ليس مخلا بمقتضى
النكاح اذا كان مشروعا يصح اشتراطه سواء كان غرضا مقصودا ام لا وفيه نظر لان الاوجه الغاء ما لا يتعلق
به غرض اصلا كما لو شرط اكلهما مكيلا او صبحة بعينه دون ما سواه فانه قد تقدم في السلف الغاء مثل هذا الشرط
ففي النكاح اولى ولو شرطا ان لا يقتضها لزم الشرط فان اذنت بعد ذلك جاز وعندي فيه اشكال وقيل
يختص بالمؤجل لو شرط الزوجان في العقد عدم اقتضاض الزوجة حيث كانت بكرا ففي صحة العقد والشرط
او فسادهما او صحة العقد وفساد الشرط ثلثة اقوال للاصحاب احدها القول بصحتهما اختاره الشيخ في النهاية
محتجا برواية اسحق بن عمار عن الصادق عم قال قلت له رجل تزوج بجارية عاتق على ان لا يقتضها ثم اذنت له بعد
ذلك قال اذا اذنت له فلا باس وبرواية سماعة بن مهران عن الصادق عم قال قلت له رجل جاء الى امرأة فسألها
ان تزوجه نفسها فقالت ازوجك نفسي على ان تلتمس مني ما شئت من نظر او التماس وتنال مني ما ينال الرجل
من اهله الا انك لا تدخل فرجك في فرجي وتلتذ بما شئت فاني اخاف الفضيحة قال ليس له الا ذلك منها الا ما
اشترط والثاني القول بصحة العقد وبطلان الشرط اختاره ابن البراج وابن ادريس اما صحة العقد فلصدوره
من اهله في محله والاصل في العقود الصحة واما بطلان الشرط فلانه مناف لمقتضى العقد والثالث القول بصحة
الشرط في المتعة وبطلانه وبطلان العقد في الدوام اختاره الشيخ في المبسوط وقطب الدين الكيدري والمص في
المختلف وهو الاصح اما الصحة في المتعة فلعموم قوله تع اوفوا بالعقود وقوله عم المؤمنون عند شروطهم وليس
هذا الشرط لمقتضى نكاح المتعة فان المقصود الاصلي منه التمتع والتلذذ وكسر الشهوة دون الاولاد والتناسل
وذلك لا يستدعي الوطي وعليه تنزل الاخبار الواردة بالصحة وان ضعف السند واما البطلان في الدوام فلانه مناف
لمقتضاه لان المقصود الاصلي منه النسل وهو يستدعي الوطي فيكون الشرط فاسدا ويفسد به العقد للمنافاة ولعدم
الرضا بالعقد الا به ويظهر من عبارة ابن حمزة قول رابع وهو بطلان الشرط دون العقد في الدائم وصحتهما في نكاح

المتقدم على العبارة الكتاب ويتبعه الامور ان اشتراط عدم الوطي بمنزلة اشتراط عدم الافتضاض فيأتي فيه ما سبق
وهل اشتراط عدم التقبيل ونحوه من مقدمات الوطي وتوابعه كذلك لم اقف فيه على شيء والحاقه باشتراط عدم الوطي
ليس ببعيد وينبغي ان يستوي في ذلك الدائم والمتعة منشأ الاشكال الذي ذكره المص ظاهر مما قررناه فان عموم
الآية والرواية تقتضي الصحة مطلقا وكذا رواية اسحق بن عمار وسماعة بن مهران السالفتين ومنافاة الشرط المقصود
النكاح ومخالفته لظاهر الكتاب والسنة تقتضي بطلانه ويبطل العقد لما تقدم الضمير في قوله وقيل يختص ه
بالموجل يعود الى لزوم الشرط المذكور اي وقيل يختص لزوم الشرط وهو اشارة الى قول الشيخ في المبسوط ويمكن
ان يكون اشارة الى قول ابن حمزة لانه لم يتعرض الى صحة العقد الدائم وفساده وانما دل كلامه على بطلان الشرط
على القول بصحة العقد وفساد الشرط يطرد الحكم بفساد المهر هنا فتصير هذه المسألة من مسائل الباب اذا عرفت
ذلك فاعلم انها اذا اشترطت عدم الافتضاض حيث يصح الشرط لزم ولم يجز له فعله فان اذنت بعد ذلك ففي
جوازه بالاذن قولان احدهما الجواز لان المنع حق لها فيزول باذنها ولرواية اسحق بن عمار السالفة والثاني العدم
لان الفروج لا تحل بالاذن بل بالعقد ولما لم يكن العقد مثمرا للحل لم يكن للاذن اعتبار والرواية ضعيفة فالاصح
العدم واعلم ان الضمير في قوله فيه في قوله وعندي فيه اشكال يعود الى ما دل عليه الكلام السابق من لزوم الشرط
وجواز الافتضاض بعد العقد بالاذن ويكون مرجع الضمير في قوله يختص من قوله وقيل يختص بالموجل هو
ذلك ايضا ويمكن ان يكون مرجعه هو لزوم الشرط الا انه يلزم اختلاف مرجع الضمير بغير مايز وليس بجايز
ولو شرط الخيار في النكاح بطل العقد فان شرطه في المهر صح العقد والمهر والشرط فان اختار بقاءه لزم والا
ثبت مهر المثل لا يصح اشتراط الخيار في نفس النكاح قطعا لان في النكاح شائبة التعبد وليس هو من عقود
المعاوضات فلو شرط فيه بطل الشرط والعقد عند عامة الفقهاء لانه يخرج عن وضعه ولو شرط الخيار في
الصداق صح قطعا لانتفاء المانع لان الصداق ليس ركنا في النكاح وانما هو عقد مستقل بنفسه والمقصود
منه المال فاذا شرط فيه الخيار صح ولا يبطل الصداق عندنا وللعامة في بطلان الشرط والصداق معا وصحتهما
معا وصحة الصداق وبطلان الشرط ثلثة اوجه فاذا شرطه واختار بقاءه لزم وان اختار الفسخ انفسخ فيثبت
مهر المثل بالدخول وهل يجب في اشتراط الخيار فيه تعيين مدة مضبوطة بحيث لا يحتمل الزيادة والنقصان ام يجوز
اشتراطه مطلقا من غير تعيين لزمان عبارات الفقهاء مطلقة خالية من التعرض الى ذلك نفيا واثباتا لكن
في المبسوط عنون المسألة باشتراط الخيار في الصداق ثلثا وهو غير صريح في اشتراط التعيين لكنه يشعر به
ولو قيل باشتراط التعيين كان قويا كما في البيع ونحوه لان في النكاح معنى المعاوضة فيراعى فيه ما يحرز انتفاء
الغرر وقول المص فان اختار بقاءه لزم المراد به ان المشترط للخيار من الزوجين ان اختار بقاء المهر لزم

وان فسخه

واندفع عند التنزل وقوله والابنت مهر المثل ظاهره يتناول امرين اختيار الفسخ وعدم اختيار شئ وهو صحيح
بالنسبة الى الاول دون الثاني فانه اذا لم يختر شيئا في الخيار بحاله ثابتا ولو سمى لها شيئا لزم مسماها خاصة
ولو امهرها شيئا وشرط ان يعطى اباها منه شيئا قيل لزم الشرط هنا مسئلتان لانه اما ان يكون المسمى للاب
خارجا عن المهر او من جملة ان يكون خارجا عن المهر فيصح العقد ويلغو ما سماه للاب صرح بذلك الشيخ في النهاية
وعامة الاصحاب لرواية الوشاء عن الرضا عليه السلام انه سمعه يقول لو ان رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين الفا
وجعل لابيها عشرة الاف كان المهر جائزا والذي جعله لابيها فاسدا وقال ابن الجنيد ولا يلزم الزوج غير المهر من جعلا
جعلها الولي او واسطة ولو وفى الزوج بذلك تطوعا كان احوط فان طلقها قبل الدخول لم يكن عليه الا نصف الصداق
دون غيره فان كان قد دفع ذلك يرجع بنصف المهر وكل الجعالة على الواسطة وقال المص في المختلف ان كان قد جعل
للواسطة شيئا على فعل مباح وفعله لزمه ولم يسقط منه شئ بالطلاق وما ذكره المص صحيح الا انه على ما فرض
لا دخل لذكر ذلك في العقد بالنسبة الى اللزوم وعدمه وينبغي ان يكون موضع المسئلة ما اذا شرط لابيها شيئا يكون
ثبوته مستندا الى عقد النكاح اما اذا شرط له شيئا على جهة التبرع خارجا عن المهر وعن كونه جعالة فمناسبة الاصول
اذ لا مانع من صحة هذا الشرط ولزومه لانه فعل سائغ شرعا فيدخل في عموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم ولا فرق
في ذلك بين كون الاشتراط المذكور باستدعاء الزوجة اى بفعل الزوج ابتداء وينبغي على تقدير الصحة ان لا يؤثر الطلاق
في شئ من الشرط المذكور ان يكون من جملة المهر فظاهر كلام ابن الجنيد لزومه لانه قال فان كانت المرأة اشترطت
رجع عليها بنصف صداقها ونصف ما اخذه من شرطت له ذلك يعني مع الطلاق قال لان ذلك كله بعض الصداق
التي لم ترض نكاحها الا به وقال المص في المختلف ان المسمى للواسطة ان لم يكن على جهة الجعالة بل ذكره في العقد لم يكن
عليه منه شئ سواء طلق اولا واورد عليه شيخنا الشهيد في شرح الارشاد ان ذلك شرط مباح فيلزم لعموم قوله عليه السلام
المؤمنون عند شروطهم والذي يقتضيه صحيح النظر ان ما سماه للاب على انه من جملة المهر ان قصد كونه للاب ابتداء
لا من قبل الزوجة فهو باطل لان بعض المهر يمتنع كونه ابتداء لغير الزوجة وعليه تنزل رواية الوشاء السالفة وان
كان قد سمى المجموع للزوجة مهرا او شرط عليها ان تدفع الى ابيها منه شيئا على جهة التبرع منها والاحسان فالفساد
لا وجه له لان ذلك شرط لا يخالف الكتاب والسنة فلا وجه لابطاله وعلى هذا فلو طلقها رجع بنصف المجموع لان جميعه
هو المهر والشئ الثاني مما لم نذكره هو المسئلة الثانية في العبارة واشار بقوله وقيل لزم الشرط الى القول المحكي عن ابن
الجنيد في عقد النكاح واعلم انه لا فرق بين الاب وغيره بالنسبة الى الشرط المذكور حيث يصح او يفسد ولو شرط
ان لا يخرجها من بلدها قيل لزم الشرط للرواية وهل يتعدى الى منزلها اشكال اى لو شرط الزوج للزوجة
ان لا يخرجها من بلدها الذي هي قاطنة به قيل لزم الشرط والقائل بذلك الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة والمص

في المختلف والرواية التي اشار اليها هي رواية ابي العباس الصحيحة عن الصادق ع في الرجل يتزوج امرأة ويشترط لها
ان لا يخرجها من بلدها قال يفي لها بذلك او قال يلزمه ذلك وذهب الشيخ في المبسوط والخلاف الى بطلان الشرط وكذا
ابن ادريس لان الاستمتاع بالزوجة في الازمنة والامكنة حق للزوج باصل الشرع وكذا السلطنة له عليها في حق ثابت
له فاذا شرط ما يخالفه وجب ان يكون باطلا وهو الاقوى ويحمل الرواية على الاستحباب ولا يبطل العقد لدلالة الرواية
على صحته اذا تقرر ذلك فعلى القول بلزومه لو شرط لها ان لا يخرجها من منزلها هل يتعدى الحكم باللزوم من المسئلة الاولى
الى هذه فيه اشكال ينشأ من ان ذلك غرض مطلوب للعقلاء وليس بممنوع منه شرعا فجاز اشتراطه لعموم قوله ع
المؤمنون عند شروطهم ومن اشتراط ذلك على خلاف الاصل لما قلناه من ان سلطنة اسكان الزوجة بيد الزوج
فيقتصر فيه على مورد النص والاصح عدم التعدي ولو شرط لها مهرا ان لم يخرجها من بلدها وازيد ان اخرجها
فاخرجها الى بلاد الشرك لم تلزم اجابته ولها الزائد وان اخرجها الى بلد الاسلام كان الشرط لازما وفيه
نظر القول بلزوم الشرط على الوجه المذكور قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة ومستنده ما رواه في
الحسن عن علي بن رئاب عن الكاظم ع قال سئل وانا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على ان تخرج
الى بلاده فان لم تخرج معه فمهرها خمسون دينارا ارأيت ان لم تخرج معه الى بلاده قال فقال ان اراد ان يخرج
بها الى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك ولها مائة دينار التي اصدقها اياها وان اراد بها الى بلاد المسلمين ودار
الاسلام فله ما اشترط عليها والمسلمون عند شروطهم وليس له ان يخرج بها الى بلاده حتى يؤدي لها صداقها او
ترضى من ذلك بما رضيت وهو جائز له وفي هذه الرواية مخالفة لاصول المذهب من وجهين احدهما ان الصداق ق
غير معين بل هو خمسون على تقدير ومائة على تقدير آخر والثاني وجوب المائة دينار على تقدير ارادة الخروج بها
الى بلاد الشرك وانه لا شرط له عليها وذلك خلاف الشرط لان استحقاقها للمائة انما هو على خروجها بها الى بلاده
على ما عين في العقد ومع ذلك فليست من الصحيح وجمع من الاصحاب لا يعملون بها فلا يكاد تنهض حجة في
العدول عن مقتضى اصول المذهب ومنشأ النظر الذي ذكره المص من عموم الاية والرواية بالوفاء بالشرط ومن
مخالفة الشرط لما دل عليه الكتاب والسنة من كون سلطنة الاسكان حق للزوج ومنافاته اصول المذهب ولم اجد
تصريحا لاحد ببطلان الشرط والعقد مقابل القائلين بعدم الصحة قصروا البطلان على الشرط خاصة
استلزام ثبوته نفيه كما لو قبل نكاح عبد جعل رقبته صداقا للحرة او لمن العتق بعضها فان النكاح يبطل
السبب الرابع من اقسام فساد المهر استلزام ثبوته نفيه وذلك اما ان يكون باعتبار تأثيره في رفع النكاح او لا
وقد مثل المص لكل منهما بمثال مثال الاول ما اذا قبل السيد النكاح لعبده والزوجة حرة او بعضها حر وجعل
رقبته صداقا لها او اذن له في النكاح كذلك وكان بالغا فان الصداق يبطل لانه لو صح لملكت زوجها او بعضه

فينفسخ

فينفسخ النكاح ويبطل الصداق ولا يصح النكاح ايضا لانه اقترن به ما ينافيه فكان كما لو شرط الطلاق ولان ملكها للزوج لو طرأ في دوام النكاح ابطله فاذا قارن الابتداء مع الانعقاد كذا قيل وقد يقال ان المقارن هنا هو الشرط المقتضي للملك لا نفس الملك وقد ذكر المص هذه المسئلة في الخاتمة قبل النكاح المنقطع وحكم ببطلان الصداق وصحة النكاح ثم رجع عن ذلك هنا الى القول ببطلانهما وهو الاوجه للمنافاة وانما قيد المص المسئلة بجعل رقبته صداقا للحرة لانه لو جعله صداقا لامة لصح النكاح والصداق لان المهر حق للسيد وليس فيه سوى اجتماع الرق حين
في ملك شخص واحد وذلك غير مانع من صحة العقد واذا طلقها الزوج قبل الدخول فالى من يعود نصف العبد الذي هو الزوج والصداق ينبغي ان يبنى على ان السيد اذا باع عبده بعد ان نكح باذنه ثم طلق قبل الدخول وبعد اداء المهر الى من يعود النصف وفيه اوجه احدها ان يعود الى المشتري لانه ملك يحدث بالطلاق وقد وقع في ملك المشتري فيكون له كسائر الاكساب الحاصلة من العبد بعد الشراء الثاني انه يعود الى البائع لانه وجب في ملكه فاذا سقط منه شيء عاد اليه الثالث ان اداه البائع من ماله او ادى من كسب العبد قبل البيع عاد اليه لانه اصله له فاذا سقط منه شيء عاد اليه وان ادى من كسبه بعد البيع عاد الى المشتري ولو اعتق العبد ثم طلق قبل الدخول فان قلنا في الصورة السابقة بالعود الى البائع عاد هنا الى المعتق وان قلنا بالعود الى المشتري عاد هنا الى العتيق قوله اما لو زوج ابنه من امرأة واصدقها ام ابنه او اخته من مال نفسه فسد الصداق لانها لا تدخل في ملكها ما لم تدخل في ملكه فتعتق عليه فيصح النكاح دون المهر هذا هو مثال الشق الثاني وتحريره انه اذا استولد امة لغيره ولد احرا ثم ملكها وقبل لابنه منها نكاح امرأة وجعل امه صداقا لها وكان للولد اخت من امه مملوكة فملكها الاب ثم جعلها صداقا لزوجة الابن فان الصداق في كل من الصورتين لا يصح لان كلا من الام والاخت لا تدخل في ملك الزوجة ما لم تدخل في ملك الزوج الذي هو الولد لاستحالة ان يملك الانسان شيئا على جهة المعاوضة وعوضه للحقيقي مال لغيره وهذا لو طلق الصبي بعد بلوغه قبل الدخول وقد زوجه ابوه واصدق عنه من ماله يعود النصف اليه لا الى الاب على ما سياتي ان شاء الله تعالى فيعتق كل منهما على الولد لدخولها في ملكه فيمتنع انتقالها الى المرأة صداقا فيبطل الصداق لكن لا يبطل النكاح هنا لان العتق انما يقتضي بطلان الصداق ولا منافاة بينه وبين النكاح ثم عد الى عبارة الكتاب واعلم ان قوله لو زوج ابنه يندرج فيه الابن الصغير والبالغ اذا اذن ولا فرق بينهما في تطرق المحذور السابق ويندرج في المرأة الحرة والمملوكة والحكم فيهما لا يختلف ولو قال ام الابن لكان اولى اذ لا يتعين في العبارة ان يكون الابن الثاني هو المذكور اولا لصدقه على غيره فح فلا يلزم انعتاق الام لامكان كونها ام الابن آخر دون الزوج وقوله من مال نفسه لا يكاد يظهر للتقييد به فائدة لانه لو كان من مال غيره لم يختلف الحكم. ان يزوج الولي بدون مهر مثلها فيصح العقد وفي صحة المسمى قولان السبب الخامس

من اسباب فساد المهر ان يزوجها الولي بدون مهر مثلها وقد حكم المص بصحة العقد وحكى قولين في صحة المسمى وفسا ٥٥
ده ويتجه منهما انشاء اما صحة العقد فلصدوره من اهله في محله لانه المفروض وقد سبق ان المهر ليس ركنا في
عقد النكاح ولهذا جاز اخلاؤه عنه فلا يؤثر فساده في العقد واما القولان اللذان حكاهما في صحة المسمى فاحد هما
الصحة ذهب اليه الشيخ في الخلاف والمبسوط ووجهه ان للولي العفو بالنسبة الى المهر لقوله تع او يعفو الذي
بيده عقدة النكاح واذا ساغ له العفو عن الحق بعد ثبوته فالعقد بدونه اولى وهذا التعليل يقتضي امرين ان
الذي يسوغ له ذلك هو الذي يصح منه العفو وهو الاب والجد دون سائر الاولياء انه لا يشترط لجواز العفو
في صحة المسمى كون النكاح بدون مهر المثل مما تدعو اليه الحاجة او تقتضيه المصلحة لانه لا يشترط لجواز العفو وجود
المصلحة مع اذا عرفت ذلك ففي دلالة هذا التعليل على المدعي نظر لان للمانع ان يمنع الاولوية المذكورة فان العلة
غير مقطوع بها وحكى في المبسوط قولا ببطلان المسمى لوجوب مراعاة القيمة في اموالها ففي البضع اولى وفيه نظر
لان البضع ليس مالا حقيقة ولا المقصود الاصلي منه والذي يقتضيه صحيح النظر انه اذا اقتضت المصلحة التزويج بح
بدون مهر المثل صح العقد والمهر لزم والا كان العقد فضوليا يتوقف على الاجازة بعد البلوغ لان صحة تصرفات
الولي منوطة بالمصلحة وبدونها يكون كتصرف الاجنبي والبضع وان لم يكن مالا حقيقة لكنه ملحق بالاموال المقابلة
بها وثبوت ضمان قيمته بمهر المثل في مواضع ثم عد الى عبارة الكتاب واعلم ان قوله فيصح العقد وفي صحة المسمى قولان
مقتضاه بطلان المسمى على احد القولين مع صحة العقد وعلى هذا فيثبت مهر المثل لكن ثبوته هل هو بنفس العقد
او بالدخول كالمفوضة صرح بالاول جماعة لان التسمية اقتضت عدم الرضا باخلاء العقد عن المهر وفيه بعد لان
ايجاب شيء بالعقد لم يجر فيه ذكر ولم يقع عليه التراضي من الامور المستبعدة وكذا لو زوجها باكثر من مهر
المثل فان المسمى يبطل وفي فساد النكاح اشكال ينشأ من التمسك بالعقد الذي لا يشترط فيه المهر ولا ذكره ومن
بعد الرجوع الى مهر المثل دون رضاهما وما تبعه اذا زوج الولي المولى عليه الذكر امرأة بازيد من مهر مثلها
فالمسمى باطل لا محالة لانه تصرف مشتمل على اضاعة المال حقيقة لان الفرض ان البضع لا يعادله بخلاف ما لو عقد
للمولى عليها بدون مهر المثل فان المسمى لا يبطل على احد القولين كما سبق والفرق جواز العقد للولي عن بعض
المهر وان البضع ليس مالا حقيقيا ولا المقصود الاصلي منه المال وفي فساد النكاح الاشكال الذي ذكره
المص وذكرناه وتنقيحه ان عقد النكاح غير مشروط بثبوت المهر في الواقع ولا بذكره في العقد فخلوه عنه
لا يقتضي فساده وقد صدر العقد مشتملا على المسمى الزائد وحكم ببطلانه للزيادة فيجب ان يبقى العقد صحيحا
ولا يبطل ببطلان المسمى وفيه نظر لان عقد النكاح وان لم يكن مشروطا بالمهر لا يلزم صحته في محل النزاع لانه لم
يقع على الوجه المأذون فيه شرعا لان تصرف الولي انما يعتبر مع عدم التخسير واذا قارنه كان كتصرف الاجنبي

ويحتمل

ويحمل بطلان العقد من راس لانه لو صح لوجب ان يثبت مهر المثل على وجه قهري وذلك بعيد لان ما تراضيا
عليه وقنعا به هو الزائد على مهر المثل فكيف يبطل ما رضيت به ويثبت لها ما دونه مع عدم رضاها به وما كان
بعيدا فهو مرجوح لا يجوز التمسك به مع وجود الراجح فيبطل الباقي ويلزمه بطلان المقدم وقد اورد عليه
الشارح النقض بالعقد على الجزء المجهول وهو غير وارد لان العقد على الخمر برضا الزوجين لا يقتضي بطلان الصد اق
وبطلان النكاح لصدوره بتراضيهما بخلاف عقد الولي في موضع الاذن شرعا فانه ح يكون فضوليا واين هذا
من ذلك واعلم ان التشبيه الواقع في قوله وكذا لو زوجها باكثر من مهر المثل ليس على ما ينبغي لان المذكور في المشبه بها
حكمان احدهما صحة العقد والاخر ان في صحة المسمى قولين وليس واحد منهما بابنا في المشبهة لان المسمى فيها يبطل
وفي فساد النكاح قولان والاقوى ان مع فساد المسمى يثبت الخيار في فسخ العقد وامضائه وقد عد الشارحان
الفاضلان هذا وجها ثالثا في المسئلة بناء على ان احد الوجهين السابقين هو بطلان العقد من راس والاوجه
ان على القول بان العقد الفضولي موقوف على الاجازة لان اقل مراتب تصرف الولي هنا ان يكون فضوليا ثم يمكن ان
يحمل البطلان على عدم اللزوم وهو الفضولي ويراد بالوجه الثالث ثبوت النكاح متزلزلا فان شاء فسخه وان شاء
ابقاه وهذا هو المتبادر من عبارة الكتاب ولا تاباه عبارة الشارحين بل الظاهر من عبارة المص ان ثبوت الخيار في
كل من المسئلتين المذكورتين يلوح ذلك من قوله مع فساد المسمى اذ لولا ذلك لكان مستدركا لانه قد قطع بفساد
المسمى في المسئلة الثانية وعلى هذا فيكون الكلام في المسئلة الاولى ان في صحة المسمى وفساده قولين فان قلنا بالفساد
ففي ثبوت الخيار في فسخ العقد وعدمه قولان فاذا اختصرنا قلنا في المسئلة ثلثة اوجه صحة العقد والمسمى وفساد المسمى
وصحة العقد وفساد المسمى وثبوت الخيار في العقد وفي المسئلة الثانية بالنسبة الى العقد ثلثة اوجه اللزوم والفساد
وثبوت الخيار واما المسمى فانه فاسد وجها واحدا اذا عرفت ذلك فالخيار المذكور لمن يكون صرح الشارح ولدا لمص
بانه لمن زاد الصداق عليه على مهر المثل او نقص عنه وهو الزوج في المسئلة الثانية والزوجة في المسئلة الاولى ولا ارى
لهذا التخصيص وجها لان الغرض فساد المسمى في المسئلتين بل ينبغي ثبوت الخيار لكل منهما في كل من المسئلتين
لانتفاء التراضي من الجانبين والمختار ما قدمناه في كل من المسئلتين وهو ان النكاح بالمسمى فضولي موقوف على الا جازة
نعم لو اصدق ابنه اكثر من مهر المثل من ماله جاز وان جاز وان دخل في ملك الابن ضمنا هذا في قوة الاستثناء
من قوله لو زوجه باكثر من مهر المثل الخ وكانه لا يفسد قال لو زوج ابنه باكثر من مهر المثل فسد المسمى اذا كان ح
الصداق المسمى مال الاب فانه لا يفسد لانه لا تخسير للولي ح فان قيل يدخل الصداق في ملك الابن ضمنا فيلزم
التخسير قلنا لا يلزم لان التخسير اتلاف مال بالعقد ما ليس ثابتا بغيره وليس كذلك محل النزاع لان الصداق
لم يملكه الابن الا بسبب العقد فلم يلزم اتلاف مال بالعقد لولاه لكان مالا ثابتا للزوج مخالفة الامر فاذا قالت

زوجني بالف فزوجها بخمسمائة لم يصح العقد ويحتمل ثبوت الخيار السبب السادس من اسباب فساد المهر مخالفة
الوكيل ما عينته الزوجة فاذا قالت زوجني بالف مثلا فزوجها بخمسمائة ففي صحة العقد وفساده وجهان احدهما
واختاره المص الفساد لان تقديرها المهر يدل على عدم رضاها بما دونه وما لا ترضى به الزوجة فاسد لا محالة
والثاني ثبوت الخيار لها او لا يقع العقد فاسدا بمعنى انه يكون موقوفا على اجازتها فان رضيت به صح والا كان
فاسدا لانه عقد صدر ممن ليست له ولاية شرعية على المعقود عليه ولا اذن شرعي وذلك هو الفضولي ولا
يضر ما التزم من التعيين وهو عدم رضاها بغير المعين لان المؤثر في العقد الفضولي هو الرضا المتأخر عنه
وضده دون المتقدم عليه كذا فهم الشارحان الفاضلان من العبارة ولا ريب ان المتبادر من قوله لم يصح العقد هو
البطلان اما ثبوت الخيار فان المتبادر منه صحة العقد وثبوت النكاح وانه متزلزل وعلى هذا المعنى حمله شيخنا
الشهيد في بعض ما نسب اليه من الحواشي وحمل عدم صحة العقد المذكور قبله على عدم لزومه وانه فضولي او لحمل
في الموضعين صحيح في نفسه الا ان توجيه الصحة مع ثبوت الخيار موضع النظر فانه اذا كان خلاف المأمور به
كيف يقع صحيحا او يمكن ان يقال في توجيهه ان النكاح لما لم تكن صحته مشروطة بالمهر لم يلزم من المخالفة بطلانه
فيقع صحيحا لكن لما لم يكن المهر على الوجه المأذون فيه لم يقع لازما بل وجب الرضا بمهر المثل على وجه قهري فيثبت
الخيار بين فسخه والامضاء والاصح ان العقد من اصله مع المهر فضولي يقف على الاجازة لانتفاء الاهلية في غير موضع
الاذن ولو قالت زوجني مطلقا فزوجها باقل من مهر المثل فالاقرب الرجوع الى مهر المثل اي لو قالت زوجني او طلقت
الاذن بحيث لم تقيد النكاح بمهر ولا عدمه فقوله مطلقا ليس من جملة قولها وانما هو لبيان حال قولها وانه معرى
عن التعرض الى المهر اثباتا ونفيا فزوجها باقل من مهر المثل ففيه وجهان اقربهما عند المص صحة النكاح
وبطلان المسمى والرجوع الى مهر المثل اما صحة النكاح فلصدوره باذنها واما بطلان المسمى وثبوت مهر المثل فلان
الاطلاق منزل على البيع بثمن المثل لاقتضاء العرف التقييد بذلك ولان الغبطة والمصلحة لا تتحقق بدونه فيكون اطلاقها
بمنزلة التقييد بمهر المثل فيفسد المسمى للمخالفة ويثبت مهر المثل لعدم الرضا بالتفويض والثاني بطلان العقد من
راس لان الاطلاق منزل على مهر المثل كما سبق فكانه كما لو عينت فخالف في انه غير مرضي لها او يجيء وجه ثالث وهو
صحة العقد ووجوب مهر المثل وثبوت الخيار وتقريره معلوم مما سبق ولما فرق المص بين هذه والتي قبلها في الحكم فحكم
بالصحة والرجوع الى مهر المثل هنا وحكم بثبوت الخيار في التي قبلها لان التقييد منصوص عليه ومقطوع به وهنا
مظنون فلا يكون المخالفة مقطوعا بها بحيث يلزم فساد العقد او تزلزله والاصح انه فضولي يقف على الاجازة لان
اطلاق الاذن في التزويج منزل على كونه بمهر المثل فيكون ما عداه واقعا بغير اذن ولو لم يذكر مع الاطلاق المهر احتمل
الصحة للامتثال والفساد ان فهم منه ذكر المهر عرفا اي لو لم يذكر الوكيل في العقد المهر اصلا والحال انها قد اطلقت له

الاذن

الاذن في التزويج احتمل الصحة لانه امتثل ما امره به ويجب مهر المثل لان اطلاق الاذن منزل على التزويج بمهر المثل
واذا اقتضى اطلاق الاذن مهر المثل كان اطلاق الاذن في العقد لذكره فيه منع ظاهر والفرق ظاهر واحتمل الفساد
لان الاطلاق منزل على العقد بمهر المثل ولا يعد السكوت عن المهر تفويضا نظرا الى العرف وقد خالف فلا يكون صحيحا
والاصح انه فضولي يتوقف على الاجازة   ومع التقييد يحتمل الفساد والخيار فيثبت مهر المثل اي لو لم يذكر الوكيل
المهر في العقد بل اطلقه وقد قيدت له الاذن في التزويج بالمهر احتمل الفساد للمخالفة واحتمل ثبوت الخيار لها في اجازة
العقد وعدمها لانه لا يقصر عن الفضولي فان اجازته ثبت مهر المثل بنفس العقد لانتفاء كون الاذن تفويضا
ولا يخفى ان المتبادر الى الفهم من ثبوت الخيار صحة النكاح وتزلزله وكيف كان فالاصح ان العقد فضولي يتوقف
على الاجازة والمختار مع الاجازة لا يجب المهر بنفس العقد لانتفاء مقتضيه فيكون وجوبه بالدخول   ولو قالت
زوجني بما شاء الخاطب فهو تفويض باطل ولو عرف ما شاء فقال زوجتك بما شئت صح اي لو قالت الزوجة
لوكيلها زوجني بما شاء الخاطب فزوجها كذلك صح ذلك تفويض فان التفويض قسمان تفويض البضع وهي
اخلاء العقد عن ذكر المهر وتفويض المهر وهو ذكر المهر في العقد على الجملة مبهما وتفويض تقديره الى احد الزوجين
ولا شبهة في صحة كل من التوكيل والعقد كذلك ولا يكون العقد كذلك عقدا لمجهول يجب به مهر المثل خلافا للشافعي
فلا وجه له لما تبين ان ذلك تفويض صريح   وليس تفريق الصفقة سببا للفساد فلو اصدقها عبدا
يساوي الفين على ان ترد اليه الفا فنصفه صداق ونصفه في حكم مبيع فلو ارادت افراد الصداق او المبيع بالرد
بالعيب جاز بخلاف رد نصف المبيع وقد عد الشافعي من اسباب فساد المهر تفريق الصفقة فاعتنى المص
بذكره وبيان انه لا يعد سببا لفساد المهر ردا عليه وتحقيقه انه اذا تزوج امراة بعبد يساوي الفي درهم على ان
ترد اليه الفا من مالها فيكون نصف العبد صداقا ونصفه في حكم مبيع وليس مبيعا لان رد الالف من مالها   حقيقة صح
حقيقة وقع بصورة الشرط فكان من توابع عقد النكاح ولو ان الولي قال زوجتك ابنتي بذلك لك الفا من
مالها بالعبد الفلاني فقبل الزوج لكان ادل على مقابلة نصف العبد للبضع والنصف الآخر للالف وكيف
كان فاذا ارادت افراد الصداق اعني نصف العبد او المبيع وهو نصفه الآخر بالرد لظهور عيب في العبد كان
لها ذلك ولم يفسد الصداق اذا ردت النصف المبيع ولا يقال يلزم من رد النصف تبعيض الصفقة وهو محذور
كرد نصف المبيع لانا نقول التبعيض المحذور هو الذي يكون في المنتقل بعقد واحد وهنا قد حصل انتقال
العبد بسببين مختلفين فلم يكن كرد نصف المبيع ولا يقال ايضا يلزم من رد النصف التشقيص لانا نقول قد
اقدما على هذا الضرر حتى تعاقدا على انتقال كل من نصفي العبد بسبب يخالف السبب الآخر وهذا بخلاف
رد نصف العبد لو كان كله مبيعا اذا تقرر ذلك فلو جعل رد النصف على الوجه المذكور سببا لفساد المهر

ب ٤٥٤ ح

لوجب مهر المثل بنفس العقد على ما سبق في نظايره عند من يقول به والله اعلم بالصواب وليكن هذا اخر الجزء السابع من كتاب شرح القواعد ويتلوه في الثامن ان شاء الله تع بمنه الفصل الثالث في التفويض وفرغ من تسويده مؤلفه الفقير الى الله تع علي بن عبد العالي بالمشهد المقدس الغروي على مشرفه الصلوة والسلام والحمد لله نصف النهار من يوم السبت تقريبا ثامن عشر شهر جمادي الاولى من سنة خمس وثلثين وتسعماية حامدا لله تع

على الائه مصليا على رسوله محمد واله اجمعين

فرغ من كتابته الفقير الحقير

غلام علي الحافظ

بن ملك الجراعي

في الحضرة الشريفة

الغروية

حضرت

امير المومنين

عليه السلم

من كتب العبد الفقير الى الله الهادي
محمد باقر بن عبد الغفار الحسيني الكرابادي
الساكن في المشهد الغروي على مشرفه
[illegible] التحية والسلام



